

RETTSVERNSKRAVET VED FORBRUKERES KJØP AV LØSØRE

Overleveringskrav eller avtaleprinsipp?

Kandidatnr: 338

Veileder: Knut Kaasen

Leveringsfrist: 26. april 2004

Til sammen 17 961 ord

28.04.2004

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING	4
1.2	OPPGAVENS BAKGRUNN OG HENSIKT	5
1.3	AVGRENSING AV OPPGAVEN	5
1.4	RETTSKILDER OG METODE	6
1.5	OPPGAVENS OPPBYGGING	7
2	RETTSVERNSKRAVET VED LØSØREKJØP	8
2.1	HISTORISKE UTGANGSPUNKTER	8
2.2	RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER	9
3	HENSYN FOR OG MOT ET KRAV OM OVERLEVERING	11
3.1	HENSYN SOM BEGRUNNER ET KRAV OM OVERLEVERING	11
3.1.1	TRADISJONSPRINSIPPET SIKRER NOTORITET OVER EIENDOMSOVERDRAGELSEN OG VANSKELIGGJØR DERMED KREDITORSVIK	11
3.1.2	OVERLEVERING GIR PUBLISITET	13
3.1.3	OVERLEVERINGSKRAVET SIKRER AT RETTSVERNSREGLENE IKKE BLIR ENSIDIG FORDELAKTIGE FOR EN GRUPPE KREDITORER	14
3.1.4	LIGNENDE TILFELLER BØR BEHANDLES LIKT. HENSYNET TIL SAMMENHENG OG KONSEKVENNS I RETTSVERNSREGLENE	16
3.1.5	RETTSTEKNISK HÅNDHEVBARE OG FORUTBEREGNELIGE REGLER	18
3.1.6	SAMMENFATNING	19
3.2	HENSYN SOM TALER MOT OVERLEVERINGSKRAVET	19
3.2.1	OVERLEVERINGSKRAVET ER IKKE SÅ KLART SOM EN KUNNE TRO, OG KAN GI TILFELDIGE UTSLAG	19
3.2.2	OVERLEVERINGSKRAVET VIRKER HEMMENDE PÅ OMSETNINGEN	21
3.2.3	TRADISJONSPRINSIPPET KAN GI URIMELIGE UTSLAG	22
3.2.4	SAMMENFATNING	23
3.3	BETYDNINGEN AV KJØPERENS BETALING	23
4	RETTSKILDER	26

4.1	INNLEDNING	26
4.2	JURIDISK TEORI	26
4.3	RETTSPRAKSIS	29
4.4	SAMMENFATNING	32

5 HVA KREVES ETTER GJELDENE RETT FOR AT GJENSTANDEN AKSEPTERES "OVERLEVERT"?

5.1	OVERLEVERINGSKRAVETS MATERIELLE INNHOLD	33
5.2	PÅ HVILKET TIDSPUNKT MÅ OVERLEVERING VÆRE GJENNOMFØRT?	34

6 I HVILKE TILFELLER KREVES OVERLEVERING?

6.1	INNLEDNING	35
6.2	INTERESSELÆREN	36
6.2.1	INTERESSELÆRENS INNHOLD OG BEGRUNNELSE	36
6.2.2	RETTLIG FORANKRING	37
6.2.3	VURDERING	39
6.3	TILVIRKNINGSKJØP OG ANDRE TILVIRKNINGSKONTRAKTER	40
6.3.1	INNLEDNING. BEGRUNNELSE. RETTLIG FORANKRING.	40
6.3.2	VURDERING	42
6.4	INDIVIDUALISERINGSKRAVET	43
6.4.1	INDIVIDUALISERINGSKRAVETS BEGRUNNELSE OG BETYDNING	43
6.4.2	INDIVIDUALISERINGSKRAVETS INNHOLD	43
6.5	OPPSUMMERING	45

7 RETTSVERNSKRAVET VED FORBRUKERKJØP

7.1	INNLEDNING	46
7.2	KAN FORBRUKERKJØPEREN GIS EN STERKERE STILLING ENN NÆRINGSKJØPEREN I SELGERENS KONKURS?	47
7.3	HVA SKILLER KJØP AV LØSØRE FRA ANDRE FORBRUKERKJØP?	48
7.4	FORBRUKERKJØPERENS BEHOV FOR VERN FRA AVTALETIDSPUNKTET	49
7.4.1	INNLEDNING	49
7.4.2	HVOR GODT BESKYTTET ER KJØPEREN AV EKSISTERENDE REGLER?	49
7.4.3	HVOR PRAKTISK ER DET AT FORBRUKERE BETALER FØR LEVERING?	50
7.4.4	FORBRUKERKJØPERES TAP SOM FØLGE AV OVERLEVERINGSKRAVET	50

7.4.5	FORBRUKERKJØPERES MANGLENDE KUNNSKAP OM OVERLEVERINGSKRAVET	54
7.4.6	OPPSUMMERING	55
7.5	HVORDAN BØR EN EVENTUELL SÆRREGEL I FORBRUKERTILFELLENE UTFORMES?	56
7.5.1	INNLEDNING	56
7.5.2	I HVILKE TILFELLER BEGRUNNER DE REELLE HENSYN UNNTAK FRA OVERLEVERINGSKRAVET VED FORBRUKERKJØP?	56
7.5.3	DEN NÆRMERE UTFORMING	58
7.5.4	BØR INDIVIDUALISERING KREVES?	60
7.6	OPPSUMMERING	60
8	KONKLUSJON	62
LITTERATURLISTE		63
KILDER		65
RETTSPRAKSIS		65
	NORSK RETTSTIDENDE	65
	RETTENS GANG	65
	NORDISKE DOMME I SJØFARTSANLIGGENDER	65
	UPUBLISERTE DOMMER	65
LOVER		66
	NORSK LOV	66
	SVENSK LOV	66
FORARBEIDER		67
	NORSKE FORARBEIDER	67
	SVENSK FORARBEIDER	67
VEDLEGG 1: SPØRSMÅL TIL BOSTYRERE		A

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Ole er på handletur i møbelbutikken OKEI en onsdag ettermiddag. Han har egentlig bare tenkt å kjøpe et nytt nattbord til ettromsleiligheten sin, men plutselig får han øye på ”drømmesofaen”. Ole bestemmer seg for at denne må han ha, selv om den er litt i dyreste laget (12 000,- kr). Sofaen er imidlertid del av en utstilling. Avtalen går derfor ut på at Ole skal hente sofaen førstkommande mandag. Dette passer Ole bra, for han har uansett ikke mulighet til å få med sofaen hjem nå. Ole kjøper og betaler både for nattbordet og sofaen, så slipper han å "dra kortet to ganger". Ole anser ordningen "risikofri". Han har jo kjøpekontrakten med den hyggelige selgerens underskrift og stempel, og dessuten er hans betaling registrert i banken.

OKEI er imidlertid i økonomiske vanskeligheter, og fredag begjærer den største kreditoren, kemneren, konkurs åpnet. Det viser seg at OKEI ikke har betalt mva. det siste halve året. Konkursbegjæringen blir tatt til følge, og boet tar beslag i Oles sofa. Konkursboet nekter å tre inn i avtalen mellom OKEI og Ole. Boet har nemlig fått en avtale med den konkurrerende møbelforretningen C- møbler, som er villig til å kjøpe hele OKEIs varelager til en god pris. Ole gjør gjeldende at han har separatistrett til sofaen. Sofaen er ikke lenger OKEIs eiendom, hevder Ole, og viser til kjøpekontrakten. Boet vender imidlertid det døde øret til, og sier at Ole ikke har rettsvern til sofaen, ettersom den fortsatt sto hos OKEI på konkursåpningstidspunktet.

Forutsatt at den ikke omfattes av selgerens driftstilbehørs- eller varelagerpant, har Ole eller boet rett til sofaen?

Spørsmålet, som også er oppgavens hovedproblemstilling, kan formuleres slik: Når får *forbrukerkjøperens* rett til den kjøpte gjenstanden vern mot selgerens konkursbo? Tidspunktet når kjøperens rett får vern betegnes som *rettsvernstidspunktet*. Har kjøperen rettsvern for sin ytelse, har han også *separatistrett*. Separatistrett gir kjøperen en rett til å få utlevert salgsgjenstanden når selgeren går konkurs, i stedet for å bli avspist med et dividendekrav.

Det er på det rene at erververen har vern mot avhenderens konkursbo dersom salgsgjenstanden er overlevert fra selger til kjøper på konkursåpningstidspunktet. Spørsmålet er om overlevering er *nødvendig* for at erververen skal oppnå rettsvern, slik OKEIs konkursbo hevder i eksempelet over. Kravet om overlevering betegnes ofte som *tradisjonsprinsippet* (fra latin traditio som betyr (fysisk) overlevering). Er kjøperen derimot beskyttet mot selgerens kreditorer fra avtaletidspunktet, slik Ole hevder, er det *avtaleprinsippet* som gjelder.

1.2 Oppgavens bakgrunn og hensikt

Den svekkede verdensøkonomien har den siste tiden ført til dystre tall på konkursstatistikken. I 2003 ble det registrert 5072 konkurser i konkursregisteret i Brønnøysund. Dette er en økning på 1848 konkurser fra 1999.¹ I nedgangstider er det ofte lett å glemme økonomiens svake aktører. Hensikten med oppgaven er å vurdere behovet og grunnlaget for en rettsversregel som bedre ivaretar forbrukerkjøperens interesser ved kjøp av løsøre.

1.3 Avgrensing av oppgaven

Fremstillingen tar utgangspunkt i de tilfeller hvor *kjøperen har betalt før levering* og gjør krav på salgsgjenstanden uten å betale på ny. I punkt 3.3 drøftes særskilt tilfeller hvor verken kjøperen eller selgeren har erlagt sin yttelse. I hvilken grad skiller disse tilfellene seg fra de hvor kjøpesummen er betalt?

Oppgaven omhandler videre kun kjøp av *ikke realregistrerbart løsøre*. Dette medfører for det første at tjenester faller utenfor. Begrunnelsen er først og fremst at til forskjell fra kjøp av løsøre er en tjeneste ikke en verdi som består på konkursboets hånd ved konkursåpningen. Det foreligger således ingen konkret verdi som uansett skal realiseres ved tjenesteyterens konkurs. Dermed er ikke hensynene bak en eventuell ”utleveringsrett” for tjenester sammenfallende med de hensyn som gjør seg gjeldende ved løsørekjøp.

¹ jf Konkursrådets hjemmesider; www.konkursradet.no

For det andre faller kjøp av fast eiendom utenfor. Rettsvernsreglene ved kjøp av fast eiendom reguleres av tinglysningsloven.² Heller ikke kjøp av fly, skip, kraftledninger og registrerbare innretninger til bruk i petroleumsvirksomheten omfattes av oppgaven. Disse oppnår rettsvern ved registrering realregistre, og er vel heller ikke typiske for forbrukerkjøp.³

Videre drøftes løsørekjøperens stilling bare i forhold til avhenderens konkursbo. Utleggstakers stilling drøftes således ikke eksplisitt. Reglene regnes imidlertid i hovedsak å være like.⁴

1.4 Rettskilder og metode

Ingen lov berører spørsmålet om løsørekjøperens rettsvernsakt i forholdet til selgerens kreditorer, og det foreligger heller ikke internasjonale kilder av betydning. De sentrale rettskilder på området er juridisk teori og reelle hensyn. Store deler av oppgaven går med til å vurdere disse kildene. Rettspraksis er tatt med der det finnes. Lover på tilgrensende områder vil også bli berørt. Utenlandsk rett, og da særlig svensk (og dansk), blir brukt for å belyse den norske rettsstilstanden, og også for å vise alternativer til de reglene vi har. Det snevre tilfanget av rettskilder fører til visse rettskildemessige problemer som vil bli tatt opp underveis i oppgaven.

I arbeidet med oppgaven foretok jeg en undersøkelse av praksis blant advokater som opptrer som bobestyrere ved Skifteretten i Oslo. Utvalget besto av ca. 25 advokater tilfeldig valgt fra den listen jeg fikk oversendt fra Skifteretten. Jeg sørget for å kontakte bare en eller maksimalt to personer fra samme advokatfirma. I overkant av halvparten av de spurte svarte på spørsmålene de ble stilt. Av disse svarte fire skriftlig, resten muntlig. De som ikke svarte opplyste meg muntlig at de ikke hadde behandlet saker hvor problemstillingen om kjøperens separatistrett til forskuddsbetalt vare var aktuell. Resultatene fra undersøkelsen vil stort sett bli brukt til å kartlegge forbrukernes behov for separatistrett fra avtaletidspunktet, ut fra den tanke at svarene gir en indikator på den generelle praksis på området. Resultatene vil også bli brukt for å belyse hvilke

² Lov om tinglysning av 7. juni 1935 nr. 2

³ jf. Lov om norsk internasjonalt skipsregister av 12. juni 1987 nr. 48 kap. I, Lov om sjøfarten av 24. juni 1994 nr. 39 kap. 2 og Lov om luftfart av 11. juni 1993 nr. 101 kap. III.

virksomheter en særregel om rettsvern i forbrukerkjøp vil ha for skyldnerens alminnelige kreditorer.

Jeg vil også benytte meg av en undersøkelse foretatt av den svenske "Utredningen om konsumenträttsliga frågor" i forbindelse med forarbeidene til lovfestingen av avtaleprinsippet ved forbrukerkjøp i Sverige (SOU 1995:11).⁵

1.5 Oppgavens oppbygging

I oppgavens kapittel to til fire vil jeg redegjøre for de regler, hensyn og rettskilder som gjør seg gjeldende ved spørsmålet om forskuddsbetalende kjøpers separatistrett i konkurs. Innledningsvis gjengis de rettslige, logiske og historiske utgangspunkter man i denne sammenheng må forholde seg til (kap. 2), fulgt av en analyse av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende (kap. 3). I fjerde kapittel vil jeg så gjennomgå det gjeldende tradisjonsprinsippets rettslige forankring. Tradisjonskravets innhold drøftes kort i kapittel 5. Tilfeller hvor det hevdes at overleveringskravet ikke gjelder, og begrunnelser som anføres for dette behandles i kapittel 6. Disse drøftelsene legger grunnlaget for oppgavens siste del (kap. 7), som omhandler oppgavens hovedtema; forskuddsbetalende forbrukerkjøpers stilling ved selgers konkurs.

⁴ jf. f.eks. Ross; Ejendomsrett og Ejendomsovergang (1935) s. 171- 172

⁵ Selve utredningen inneholder en relativt grundig gjennomgang av konsekvensene av lovfesting av avtaleprinsippet (i forbrukertilfellene) for andre tilfeller hvor besittelse av en løsøre-gjenstand gir grunnlag for en rettsposisjon. For øvrig gir den ikke særlig mer enn hva man kan utlede fra andre rettskilder.

2 Rettsvernskravet ved løsørekjøp

2.1 Historiske utgangspunkter⁶

Tradisjonsprinsippet ble lovfestet av den romerske keiser Diokletian i år 293 e.Kr.⁷ Bakgrunnen for regelen var først og fremst datidens krav om enkelhet, klarhet og lettfattelighet. Regelen var hentet fra "*ius gentium*" (de rettsreglene som gjaldt mellom romere og borgere fra andre stater). Det romerrettslige overleveringskrav ble imidlertid av praktiske grunner raskt modifisert ved at det ble utviklet en rekke tradisjonssurrogater. Her nevnes bare et fåtall. *Constitutum possessorium* innebærer at selger besitter gjenstanden på vegne av kjøper. Det nærmere innholdet av instituttet har variert, men etter hvert ble det klart at en *avtale om besittelsesovergang* var tilstrekkelig for at kjøper skulle ha vern. Tysk rett opererer fortsatt med "*Besitzkonstitut*", hvor erververen etter avtale får "middelbar besittelse" og vern mot selgerens kreditorer. Verdt å nevne er også det romerrettslige "*traditio brevi manu*" ("korthåndstradisjon"; tingen er hos erververen på avtaletidspunktet) og "*traditio longa manu*" ("langhåndstradisjon"; tingen er hos tredjemann på avtaletidspunktet), som vi finner igjen i norsk rett i dag som modifikasjoner av kravet om fysisk overlevering.⁸

Hugo Grotius store verk De iure belli et pacis libri tres utkom i Paris i 1625. Etter den rasjonalistiske naturrettens tankegang medførte eiendomsrett alltid rettsvern. Grotius gikk så langt som til å hevde at i en dobbeltsalgskonflikt skulle den tidsmessig første erververen vinne rett uavhengig av overlevering og den annens gode tro.⁹ Etter hvert som naturrettslig tankegang ble mer og mer utbredt fikk avtaleprinsippet bedre fotfeste på bekostning av det strenge tradisjonsprinsippet. Men tradisjonsprinsippet i strengeste form overlevde likevel helt til i 2002 i et velutviklet rettssystem som det svenske.¹⁰

⁶ Fremstillingen bygger på Göranson; Traditionsprincipen (1985) s. 37- 87

⁷ Corpus Iuris Civilis, Codex 2.3.20

⁸ se pkt. 5.1

⁹ Grotius, De iure belli 2.12.15.2

¹⁰ Kravet kom ikke direkte til uttrykk i svensk lov, men ble bygget på en antitetisk tolkning av Lag (1845:50 s. 1) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård kvarbliva 1 §. Ved Lag (2002:587) om ändring i konumentköplagen gikk Sverige over til avtaleprinsippet på forbrukerkjøpenes område.

2.2 Rettslige utgangspunkter

Problemstillingen om rettsvernkravet ved løsørekjøp hører til de klassiske i norsk tingsrett, og rettsoppfatningen i juridisk teori har vekslet gjennom tidene.¹¹ Dagens rettsstilstand er utviklet gjennom teoretiske drøftelser bygget på en avveining av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende og tre Høyesterettsdommer fra begynnelsen av 1900-tallet.¹² I dag er de fleste juridiske forfattere enige om at hovedregelen og utgangspunktet i norsk rett er at løsørekjøpers rettsvern mot selgerens kreditorer er betinget av at salgsgjenstanden er overlevert til kjøper ved konkursåpningen.¹³ Utgangspunktet må, som vi skal se, tåle en rekke begrensninger.

Det *naturlige* utgangspunktet er at avtalen mellom partene er nok til å gi kjøperen vern ved selgerens konkurs. Grotius skriver blant annet at det ligger i selve eiendomsrettens natur at den kan overføres, og at tradisjonskravet er positiv rett, skilt fra den naturlige retten.¹⁴ At avtalen mellom partene er tilstrekkelig rettsvernsakt kan begrunnes i det grunnleggende prinsippet om at "ingen kan overføre større rett enn han selv har" (*nemo plus iure transfere potest, quam ipse habet*). Av dette følger det såkalte kjøprinsippet "først i tid, best i rett" (*prior tempore, potior jure*), som igjen bygger på omsetningslivets forutsetning at avtaler skal holdes (*pacta sunt servanda*). Lindebrække argumenterer med at kjøprinsippet sikrer belønning til den som arbeider hardest, og vern om den som lengst har innrettet seg.¹⁵

At avtaleprinsippet er det naturlige utgangspunkt, gir seg utslag i at dekningsloven § 2-2 gir kreditorene rett til å ta beslag i alt skyldneren "eier".¹⁶ Det er ikke naturlig å si at selgeren "eier" en vare han har solgt til kjøperen, selv om han fortsatt har varen hos seg. Likevel er det tvilløst at deknl. § 2-2 må suppleres med rettsvernsreglene.¹⁷ Dermed utvides kreditorenes beslagsrett til å omfatte verdier debitor har disponert over i de

¹¹ se pkt. 4.2

¹² se pkt. 4.3

¹³ Lilleholt; Godtruerverv og kreditorvern (1999) s. 194 og Falkanger; Tingsrett (2000) s. 609. Andenæs; Konkurs (1999) (s. 181-182) er litt mer forsiktig.

¹⁴ Grotius; De iure belli 1.6.1.

¹⁵ Lindebrække; Eiendomsrett og konkursbeslag (1946) s. 23-35.

¹⁶ Lov om fordringshaveres dekningsrett av 8. juni 1984 nr. 59 (deknl.).

¹⁷ jf NOU 1972:20 s. 255. Se også Lilleholt (op.cit.) s. 166 og Andenæs (op.cit) s. 168.

tilfeller suksessoren ikke har gjennomført den adekvate rettsvernsakt (for eksempel overlevering etter pantel. § 3-2).¹⁸

Hva er så bakgrunnen for et krav om overlevering som betingelse for kjøpers vern mot selgers kreditorer? Hvorfor skal kreditorene ha bedre rett enn selgeren til varen? Hvilke hensyn er det som gjør seg gjeldende i så stor grad at det naturlige utgangspunktet fravikes?

Tradisjonsprinsippet slik det er utformet i gjeldende rett er først og fremst begrunnet i ønsket om å hindre kreditorsvik. Overlevering gir transaksjonen en viss notoritet, og hindrer bevisproblemer. Kredittgiverne får en sikrere stilling. Dette fører til at det blir lettere å oppnå kreditt og dermed finansiere bedriftenes aktiviteter og ekspansjoner.

¹⁸ Lov om pant av 8. februar 1980 nr. 2

3 Hensyn for og mot et krav om overlevering

3.1 Hensyn som begrunner et krav om overlevering

Jeg vil i det følgende drøfte de reelle hensyn som er anført som grunnlag for overleveringskravet. Vurderingstemaet er i hvilken grad de anførte hensyn kan begrunne et unntak fra det logiske utgangspunktet at avtalen i seg selv er nok.

3.1.1 Tradisjonsprinsippet sikrer notoritet over eiendomsoverdragelsen og vanskeliggjør dermed kreditorsvik

Det kan hevdes at overføring av eiendomsretten alltid krever en rettsvernsakt, men at denne kan variere.¹⁹ Tradisjonsprinsippet medfører i motsetning avtaleprinsippet (i de fleste tilfeller) et krav om en ytre markering av rettsendring, ved at selger fysisk fratas rådigheten over salgsgjenstanden. Overleveringen oppfyller således kravet om rettsvernsakt. Kravet om en ytre markering av rettsendring i seg selv sier imidlertid ikke noe om overleveringskravets materielle egnethet.

Et mer sentralt argument for å kreve overlevering er at overlevering gir disposisjonen *notoritet*. Kravet om fysisk overlevering vanskeliggjør fiktive salg og reduserer dermed faren for kreditorsvik. I tillegg er overleveringen synlig for omverdenen, i alle fall i større grad enn en avtale. *Publisitet* er med på å gi disposisjonen notoritet.²⁰ Er på den annen side avtalen mellom partene tilstrekkelig rettsvernsakt, kan "selger" og "kjøper" gå sammen om å konstruere en "overdragelse". En slik konstruksjon vil være vanskelig å motbevise for kreditorene; partene har full rådighet over de sentrale bevis i saken.

Kravet til fysisk overlevering kan begrense to typer kreditorskadelig atferd. For det første blir unndragelse av eiendeler fra kreditorenes beslag rent faktisk vanskeligere. Fiktive salg gjøres mindre attraktive fordi selgeren etter overleveringen normalt ikke lenger disponerer over eiendelen. For det andre hindrer overleveringskravet antedatering av disposisjoner for å unngå omstøtelsesfristene i dekningsloven.²¹

¹⁹ Berg; JV 1999 s. 14

²⁰ se pkt. 3.1.2

²¹ Deknl. kap. 5

Grunnen til dette er at tradisjonskravet gjør det vanskeligere å underbygge en falsk påstand om at gjenstanden er solgt, og gir et sikrere utgangspunkt for fristberegningen.²²

Kravet om overlevering vil dessuten hindre at pantstillelser og gaver kamufleres som salg.²³ Like rettsvernsregler for gaver, pantstillelser og salg av løsøre begrenser også faren for kreditorsvik, men begrunner ikke overleveringskravet i seg selv. Faren for omgåelse av rettsvernskravet dersom overlevering kreves i forhold til en type disposisjoner, men ikke i forhold til andre, taler imidlertid for at rettsvernskravet bør være det samme ved alle rettslige disposisjoner over løsøre. Dette behandles nedenfor under punkt 3.1.4.

Overleveringskravets sentrale funksjon i forhold til formålet om å vanskeliggjøre kreditorsvik er at overlevering sikrer notoritet over eiendomsoverdragelsen. Ved vurderingen av om overlevering bør kreves er dermed et senralt spørsmål om det finnes alternativer til overleveringskravet som i tilstrekkelig grad ivaretar notoritetshensynet.

En mulighet er *prosessuelle presumsjonsregler* som gir kjøperen bevisbyrden for at det foreligger en reell eiendomsoverdragelse.²⁴ Problemet med prosessuelle presumsjonsregler er at kreditorene typisk ikke har herredømme over bevisene, mens kjøper (og selger) typisk har det. Reglene vil derfor *reelt sett* i liten grad hindre kreditorsvik. Prosessuelle presumsjonsregler vil videre virke prosesskapende, ettersom det åpnes for omfattende bevisførsel. Dette vil igjen føre til økt arbeidsmengde for domstolene. Effektivitetshensyn taler mot denne løsningen.

I Danmark har slike prosessøkonomiske hensyn ikke hindret at vurderingen av om det virkelig har funnet sted en reell eiendomsoverdragelse er blitt overlatt til domstolene. Göransons vurdering av dansk rett er at domstolene på en god måte har mestret de grensespørsmål de er blitt forelagt, og at det nå sjeldnere reises tvister om disse spørsmålene.²⁵ På sikt kan det følgelig tenkes at prosessuelle presumsjonsregler som

²² Deknl. § 5-10 og Lilleholt (op.cit.) s. 192

²³ Se pkt. 3.1.4

²⁴ En mulig utforming av slike regler i norsk rett behandles ikke nærmere her. Det kan imidlertid nevnes at prosessuelle presumsjonsregler har vært brukt i Danmark og Sveits, i følge Göranson (op.cit.) s. 639 med godt resultat.

²⁵ Göranson; (op.cit.) s. 95

overlater vurderingen av om det foreligger en reell eiendomsoverdragelse til domstolene ikke vil virke prosesskapende eller vil stride mot de krav som stilles til domstolenes effektivitet.²⁶

Det er imidlertid ikke bare rettsvernsreglene som har som formål å hindre skyldneren fra å foreta svikaktige kreditorskadelige disposisjoner. For det første er svikaktige kreditorskadelige handlinger straffbare, jf bl.a. strl. §§ 281 annet ledd og 284.²⁷ Videre kan kreditorskadelige disposisjoner ved konkurs omstøtes etter reglene i dekningsloven kapittel 5. Blant annet gaver, ekstraordinære betalinger og sikkerhetsstillelser for eldre gjeld kan omstøtes på objektivt grunnlag etter dekl. §§ 5-2 til 5-8. Er den annen part klar over skyldnerens dårlige økonomiske stilling og det kreditorskadelige ved disposisjonen, er hjemmelen for omstøtelse dekl. § 5-9.

Problemet både med reglene i straffeloven og i dekningsloven er at de krever bevis. Reglene blir derfor ikke så effektive som en skulle ønske. Overleveringskravet som rettsvernskrav ved salg av løsøre har den fordel i forhold til andre regler som skal hindre svikaktige kreditorskadelige disposisjoner at det ikke er avhengig av at kreditorene fører bevis for disposisjonens svikaktige karakter. Overleveringskravet fungerer reelt som et formkrav som må oppfylles for å kunne vinne frem med en påstand om at en eiendel er overdratt og således faller utenfor kreditorenes beslag.

3.1.2 Overlevering gir publisitet

Publisitet blir ofte nevnt ved siden av notoritet som et av hovedhensynene bak tradisjonskravet. Bakgrunnen for å kreve publisitet over tingsrettslige disposisjoner med virkning for kreditorene kan være å skape notoritet over disposisjonen. Publisitet er dermed ikke noe selvstendig hovedhensyn, men en annen side av notoritetshensynet og av legitimasjonshensynet.

²⁶ For å sikre notoritet og hindre kreditorsvik, kan man som alternativ til tradisjonsprinsippet og i stedet for prosessuelle presumsjonsregler tenke seg en offisiell registreringsordning. I Sverige hadde de tidligere, ved siden av rettsvern ved overlevering, en ordning som gir kjøperen rettsvern 30 dager etter registrering av kjøpekontrakten i et sentralt register, jf Lkl. 1 §. I teorien kan dette se ut som en god løsning. Ordningen skaper sterk notoritet over tidspunktet for disposisjonen. Imidlertid har ordningen store praktiske ulemper. Dessuten sier registreringen lite om disposisjonenes reelle innhold. Ordningen ble i praksis lite brukt i Sverige, jf Håstad s. 219 flg og SOU 1995:11 s. 141. Ved lovfestingen av avtaleprinsippet i 2002, mistet registreringsordningen også sin teoretiske betydning i Sverige.

²⁷ Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10 (strl.)

Det kan hevdes at publisitet sikrer at kreditorene kan følge med når skyldneren kvitter seg med aktiva, slik at de kan "slå til" før boet er tomt. Et moderne samfunn er imidlertid alt for komplisert og uoversiktlig til at overlevering er noe egnet middel til slik publisitet.²⁸ Alternative løsninger, for eksempel dataregistre, vil i langt større grad gi kreditorene innsynsmulighet i debtors økonomiske forhold. Ordningen med registrering i Løsøreregisteret som et vilkår for visse rettsstiftelser blant annet i motorvogner, kan tjene som eksempel. Det er imidlertid lett å se de praktiske ulempene ved et krav om registrering når det gjelder små, dagligdagse løsørekjøp.²⁹

Når det gjelder publisitet som begrunnelse for å kreve overlevering, kan en også argumentere med at avhenderen ved å sitte med solgte ting, oppnår en ekstra kredittlegitimasjon, dvs. at han virker mer kredittverdig enn det han egentlig er. Argumentet har neppe særlig vekt. En långiver som baserer sin kredittvurdering på en synfaring av debtors lager er ikke særlig beskyttelsesverdig. Er debitor næringsdrivende, er varelageret som regel pantsatt.³⁰

3.1.3 Overleveringskravet sikrer at rettsvernsreglene ikke blir ensidig fordelaktige for en gruppe kreditorer

Forskuddsbetalende kjøpere er kreditorer i selgerens bo, slik også ordinære långivere er det. Likhetsprinsippet i konkurs står i direkte kontrast med tidsprioritetsprinsippet, og tilsier at alle skyldnernes kreditorer skal ha samme prioritet. Hvorfor skal kjøperen få separatistrett på bekostning av skyldnerens øvrige kreditorer?

Sammenligningen mellom långivere og forskuiddsbetalende kjøpere er bare treffende i de tilfeller hvor det ligger et kredittmoment i kjøperens forskuiddsbetaling. En långiver har tatt på seg en risiko ved å gi skyldneren usikret kreditt. Det samme kan man si om en forskuiddsbetalende kjøper dersom hensikten med forskuiddsbetalingen er å gi selgeren kreditt. Er det derimot helt tilfeldig at kjøperen ikke hentet salgsgjenstanden

²⁸ Dette blir også påpekt av tyskeren Süß; Das Traditionsprinzip s. 150 flg. I tysk rett er avtalen mellom partene tilstrekkelig rettsvernsforanstaltning når tingen befinner seg hos tredjemann, jf BGB § 931. Tredjemann må ikke notiseres, jf Göranson (op.cit.) s. 119.

²⁹ jf. note 26 over

³⁰ jf Lilleholt (op.cit.) s. 193, petitavsnittet.

samtidig som han betalte, bør ikke kjøperen likestilles med ordinære långivere. Rettsvernsreglene avgjør prioritetsforholdet mellom kreditorene, og bør derfor skille de tilfeller hvor det foreligger et kredittmoment ved betalingen fra de tilfeller hvor det ikke gjør det. Spørsmålet blir om overleveringskravet er egnet til dette formål.

Overlevering som vilkår for rettsvern ved løsørekjøp utelukker at det foreligger et kredittmoment ved betalingen. Overleveringskravet vil imidlertid også ramme tilfeller hvor selgeren klart ikke har hatt noen fordel av å ha gjenstanden hos seg etter kjøperens betaling, for eksempel hvor tingen er klar til avhenting hos selgeren og bare tar opp lagerplass der. Dette taler mot et unyansert krav om overlevering. Situasjonen er noe annerledes ved bestillingskjøp og tilvirkningskjøp, hvor forskuddsbetalingen skal finansiere selgerens anskaffelser og/ eller arbeid. Ved bestillings- og tilvirkningskjøp kan forskuddsbetalingen være en nødvendig forutsetning for at kjøpet kommer i stand, og det er ikke tale om kredittgiving i ordinær forstand. Overleveringskravet passer derfor dårlig ved slike kjøp, og er ikke egnet til å skille de tilfeller hvor det foreligger et kredittmoment ved forskuddsbetalingen fra de tilfeller hvor det ikke gjør det. Dette taler mot et generelt krav om overlevering.

Oppgis tradisjonsprinsippet slik at gjenstanden ikke lenger kreves overlevert, må man på andre måter kunne bevise at forskuddsbetalingen ikke inneholder noe kredittmoment. Forsøk på å finne et vurderingskriterium som skiller de tilfellene hvor det ikke foreligger et kredittmoment fra resten omtales i kapittel seks. Felles for disse løsningene er at de kan skape bevisproblemer og virke prosesskapende. Overleveringskravets fordel er altså også her at det er enkelt håndhevbart og gir notoritet.

Selv om det foreligger et kredittmoment, kan det hevdes at kjøperen bør ha en prioritert stilling i selgerens konkurs rett og slett fordi hans krav gjelder en *bestemt ytelse*. Også her har tradisjonskravet en funksjon. Overlevering sikrer at de bestemte gjenstander som omfattes av kjøpet blir skilt ut. Kreves ikke overlevering må de bestemte ytelsene skilles ut på andre måter. Ved *specieskjøp* gjør avtalen mellom partene det klart hvilken gjenstand kjøpet gjelder. Etter avtalens inngåelse er selgeren som regel i forhold til

kjøperen uberettiget til å disponere over ytelsen. Ved generisk bestemte ytelser kan det samme ivaretas ved at gjenstanden individualiseres.³¹

For at individualisering skal ta fra selgeren disposisjonsretten over ytelsen må den være rettslig bindende overfor kjøperen. Anser man selgerens ensidige individualisering som tilstrekkelig, burde prinsipielt også en selger få separatistrett før overlevering dersom kjøperen legger sedler i en konvolutt og skriver på denne at pengene skal brukes til et bestemt kjøp. Det fremstår imidlertid som naturlig og i samsvar med den allmenne rettsoppfatning å gi den som har et krav på en individuelt bestemt gjenstand fortrinn fremfor en pengekreditor.³² I denne sammenheng bør det også tas hensyn til at den som har et pengekrav i mange tilfeller har kunnet sikre seg på andre måter, for eksempel ved å skaffe seg panterett i debtors eiendeler, eventuelt salgspant.

3.1.4 Lignende tilfeller bør behandles likt. Hensynet til sammenheng og konsekvens i rettsvernsreglene

Hvilket skjæringspunkt lovgiver har valgt for mottakerens rettsvern i andre sammenhenger kan ha betydning for reglene om kjøperens vern mot selgerens kreditorer på (i alle fall) to måter.

For det første kan likheter mellom tilfellene når det gjelder de hensyn som gjør seg gjeldende eller tillempingen av regelen i praksis tale for å velge samme løsning. Er overlevering rettsvernskrav ved en type disposisjoner, taler som nevnt i pkt. 3.1.1 hensynet til å unngå kreditorsvik for å kreve overlevering også ved andre typer disposisjoner.

For det andre taler hensynet til sammenheng og konsekvens i rettsvernsreglene for at liknende tilfeller reguleres likt. Harmoniske rettsvernsregler gir et oversiktlig og lettfattelig system, og bedrer dermed reglenes tilgjengelighet. Hensynet til sammenheng og konsekvens i rettsvernsreglene sier imidlertid i seg selv ikke noe om reglenes *materielle egnethet*, og bør derfor, etter min oppfatning, ikke veie tungt i valget mellom rettsvernsregler.

³¹ Om individualiseringskravet se pkt. 6.4

Panteloven § 3-2 setter *besittelsesfratakelse* som vilkår for rettsvern ved pantsettelse av løssøre utenfor næringsvirksomhet. Gavers rettsvern regnes fra *fullbyrdelsen*, jf dekl. § 5-2 første ledd. "Fullbyrdelse" i dekningsloven § 5-2s forstand innebærer at giveren fratas besittelsen over gaven.³³ På bakgrunn av overleveringskravet ved pantsettelser og gaver, kan man dermed hevde at man, for å hindre kreditorsvik, også bør kreve besittelsesfratakelse ved salg.

Begrunnelsen for overleveringskravet ved pantsettelse av løssøre etter pantel. § 3-2, er dels å hindre kreditorsvik, dels å begrense realkreditte.³⁴ Etter Brækhus oppfatning er sannsynligheten for kreditorsvik like stor ved avtaler om avhendelse som ved avtaler om pantstillelse.³⁵ Dette taler for et overleveringskrav også i salgstilfellene. Imidlertid er det normalt ikke ønskelig å begrense alminnelig omsetning av løssøre. Hensynene bak håndpantregelen og hensynene som taler for et tradisjonsprinsipp ved løssørekjøp er med andre ord bare delvis sammenfallende. Dette taler mot å legge avgjørende vekt på overleveringskravet i panteloven § 3-2 ved vurderingen av løssørekjøperens stilling.

Gaver er regulert med særregler på en rekke områder selv om det skaper problemer av bevismessig karakter og fare for omgåelsesforsøk.³⁶ Det kan derfor hevdes at rettsvernskravet i gavetilfellene ikke bør ha betydning for valget av rettsvernsakt ved løssørekjøp. På den annen side taler hensynet til å motvirke at pantstillelser og gaver blir kamouflert som salg sterkt for å kreve overlevering også i salgstilfellene.

Besittelse gir legitimasjon i forhold til *reglene om godtroerverv*, jf godtrol. § 2.³⁷ Overlevering hindrer dermed kjøperen i å bli lurt av selgeren ved at han allerede har solgt eller pantsatt varen til en annen. Mot avtaleerververe i *ond tro* beskyttes man imidlertid allerede fra avtaleinngåelsen. Hovedhensynet bak regelen er at kontrahenten skal kunne stole på selgerens rett til å forføy over varen. Hensynet gjør seg ikke

³² jf. Håstad; Sakrätt s. 207 flg.

³³ Rt. 1988.1327 (Reksten)

³⁴ Brækhus; Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet (1995) s. 49 flg.

³⁵ Brækhus/Hærem; Norsk Tingsrett (1964) s. 506

³⁶ Gaveløfter står seg ikke i konkurs (dekl. §§ 7-13 og 5-2 første ledd), og fullbyrdede gaver har en utvidet omstøtelsesfrist (§ 5-2 første ledd jf annet ledd). Gaver reguleres ikke av kjøpsloven (Lov om kjøp av 13.mai 1988 nr. 27), jf § 1.

³⁷ Lov om godtroerverv av løssøre av 2. juni 1978 nr. 37 (godtrol.)

gjeldende når kjøperen ikke er i god tro. Så langt er regelen logisk. Det er imidlertid forunderlig at kjøperen skal miste retten til varen til fordel for avhenderens kreditorer når selgeren er en fullt ærlig person som kjøperen stoler på, bare fordi selgeren i hypotetiske tilfeller kan være en bedrager.³⁸ Selv om overleveringskravet har gode grunner for seg i forhold mellom to pretenderende avtalerververe, er ikke nødvendigvis det samme tilfelle i forholdet mellom en avtaleerverver og selgerens kreditorer. Helt ulike hensyn begrunner reglene. Dette taler mot å legge vekt på overleveringskravet i godtrol. § 2.

Overlevering er videre et vilkår for at varer som avhendes i samsvar med den næringsdrivendes "vanlige næringsvirksomhet" går ut av pantet ved varelagerpant etter panteloven §§ 3-13, jf § 3-7 (3). Regelen i § 3-7 (3) taler isolert sett for et overleveringskrav ved løsørekjøp også i forholdet til selgerens alminnelige kreditorer. Den tolkning som er lagt til grunn av regelen tyder imidlertid på at kravet i § 3-7 (3) føyer seg etter det krav som stilles til rettsvernsakt i forhold til selgerens alminnelige kreditorer.³⁹ Følgelig bør ikke overleveringskravet i § 3-7 (3) ha avgjørende betydning for valget av rettsvernsregel ved løsørekjøp. Man bør imidlertid ikke se bort fra at lovgiver har valgt et strengt overleveringskrav i forholdet mellom underpanthaver og kjøper.

Samlet taler det gjennomførte system hvor besittelsen av en gjenstand tillegges rettsvirkning mot unntak fra overleveringskravet ved løsørekjøp.⁴⁰

3.1.5 Rettsteknisk håndhevbare og forutberegnelige regler

Rettsvernsreglenes store praktiske betydning medfører krav om forutberegnelighet. Samtidig stiller prosessøkonomiske hensyn krav om rettsteknisk enkle regler. Overleveringskravet gir en konkret norm, uten mange skjønnspregede vurderinger. I alle fall i utgangspunktet er regelen enkel: Enten er gjenstanden overlevert, eller så er den det ikke. Overleveringskravet gjør oppgaven enkel for rettshåndheveren, og gjør det samtidig lett for kjøperen å innrette seg.

³⁸ Göranson (op.cit.) s. 629- 630

³⁹ Se pkt. 7.4.4.

3.1.6 Sammenfatning

Gjennomgangen viser at to hovedhensyn begrunner kravet om overlevering. For det første hindrer overlevering kreditorsvik. For det andre sikrer det at kjøperens forskuddsbetaling ikke inneholder noe kredittmoment. I begge sammenhenger er overleveringens notoritet det sentrale. Tradisjonsprinsippet hindrer vanskelige bevisvurderinger. I tillegg gir et krav om overlevering sammenheng og konsekvens i rettsvernsreglene og virker prosessbesparende.

3.2 Hensyn som taler mot overleveringskravet

3.2.1 Overleveringskravet er ikke så klart som en kunne tro, og kan gi tilfeldige utslag

Hovedargumentet for å kreve overlevering, er at det skaper notoritet. Dermed hindres bevisproblemer ved vurderingen av om det foreligger en reell eiendomsoverdragelse. Men heller ikke overleveringskravet hindrer fullt ut bevismessige problemer. For hva ligger egentlig i kravet til overlevering? Kreves det at gjenstanden fysisk overleveres fra selgeren til kjøperen eller er det tilstrekkelig at selgeren blir fratatt besittelsen over gjenstanden, for eksempel ved overlevering til en selvstendig fraktfører? Den gjeldende rettsoppfatning er at det kun kreves besittelsesfratakelse, se pkt. 5.1 nedenfor.

Et annet spørsmål som oppstår ved fastleggingen av overleveringskravets innhold er om det innebærer et krav om *varig* overlevering, det vil si at kjøperens rettsvern faller bort dersom selgeren igjen får besittelse over salgsgjenstanden. Slik tolkes regelen i pantel. § 3-2. Besitter pantsetteren gjenstanden etter den opprinnelige besittelsesfratakelsen, faller panterettens rettsvern bort.

Kreves ikke varig overlevering, blir tradisjonskravet lett å omgå. Det er ikke særlig vanskelig å organisere en overflytting av gjenstander for så å flytte dem tilbake, uten at det har skjedd noe reelt salg. Varig overlevering er imidlertid upraktisk i kjøpsforhold.

⁴⁰ Henynet tillegges også av den svenske lovgiver vesentlig vekt som mothensyn mot det innførte unntak fra tradisjonsprinsippet i forbrukertilfellene, jf Prop 2001/02:134 pkt. 6.

Dette gjelder blant annet ved salg kombinert med en bruksrett for selgeren (for eksempel såkalte "sale and lease back"- konstruksjoner). I rettspraksis har slike avtaler vært underkjent som forsøk på omgåelse av håndpantregelen.⁴¹ Ved å underkjenne konstruksjonene som omgåelsesforsøk, unngår domstolene de bevisspørsmål overleveringskravet skaper. Det prinsipielle spørsmål om overleveringskravets innhold blir imidlertid ikke besvart.

I teorien legges det ved vurderingen av om rettsvern er oppnådd avgjørende vekt på om om salget og tilbakeleveringen *reelt sett er to separate transaksjoner*.⁴² To separate transaksjoner forligger dersom det er en viss avstand mellom disposisjonene i tid, og dersom gjenstanden faktisk er flyttet frem og tilbake.⁴³ Subjektive forhold som hvor stor muligheten er for at det reelt dreier seg om kreditorsvik kan også være relevant. Er det helt klart bare tale om en "kunstpause" mellom avhending og tilbakelevering, blir nok disposisjonen underkjent. I grensetilfellene oppstår imidlertid vanskelige tolkningsspørsmål.

Lignende problemer kan oppstå ved kjøperens tilbakelevering av gjenstanden for reparasjon eller oppbevaring etter overlevering. Den allminnelige lære er at rettsvernet består i slike tilfeller.⁴⁴ Likevel oppstår flere vanskelige spørsmål, for eksempel når det gjelder realiteten i den opprinnelige overleveringen. Videre virker det temmelig vilkårlig at han som oppdaget feilen ved varen og fikk den reparert før han tok den med seg hjem første gang stilles dårligere enn han som først tok den med hjem, deretter oppdaget feilen og deretter så den tilbake til reparasjon. Også her må det vel kreves at det dreier seg om to separate transaksjoner, og vurderingstemaene blir de samme som ved avtaler om salg kombinert med en bruksrett for selgeren.

Også ved videresalg kan overleveringskravet føre til tilfeldige resultater. Selger B gjenstanden videre til C, uten selv å ha fått den overlevert til seg fra den opprinnelige

⁴¹ Andenæs (op.cit.) s. 184, Lindebrække (op.cit.) s. 192 flg. Se også RG 1963.492 (Eidsivating) (omtales i pkt.6.2.2)

⁴² Andenæs (op.cit.) s. 184, Lilleholt (op.cit.)s. 194

⁴³ Ved salgspant eller "sale and lease back" er fysisk overlevering et lovfestet krav, jf pantel. § 3-17 (1), jf § 3-22

⁴⁴ Brækhus (op.cit.) s. 45

selger (A), har C rettsvern mot Bs kreditorer fra det tidspunktet A er notifisert.⁴⁵ Men har han rettsvern i forhold til As kreditorer? Ettersom det ikke har skjedd noen overlevering har i utgangspunktet B ikke rettsvern mot As kreditorer. Kan Cs rett ha rettsvern selv om Bs rett ikke ville hatt det, på bekostning av As kreditorer? Løsningen virker tilfeldig. Hvorfor skal Bs videresalg gi boet en dårligere rett enn det ellers ville hatt? Den motsatte løsningen, at C ikke har rettsvern, virker på den annen side svært urimelig for C, ettersom han har gjennomført den adekvate rettsvernsakt.

Uansett kan det være vanskelig for mottakeren av gjenstandene å huske det eksakte tidspunktet for overleveringen. Dette gjelder spesielt i de tilfeller rettsvern bare krever notifikasjon av tredjemann.

Eksemplene ovenfor viser at den notoriteten man oppnår ved overlevering er heller svak. Går man først inn for å svike kreditorene, klarer man også å ordne med overlevering.

Man bør heller ikke se tilfellene med varer på vei ut av boet isolert. Selgeren kan for eksempel få til arrangementer med sin hjemmelsmann (leverandøren), om at denne skal hevde at selgeren bare er kommisjonær, at han leier godset eller lignende. I slike tilfeller har overleeringskravet ingen effekt.

Til slutt nevnes at overleveringskravet kan føre til vanskelige bevissspørsmål når det må avgjøres om en ting er kjøpt for hovedmannens regning eller om tingen er kjøpt for fullmektigens regning for så å skulle bli levert til hovedmannen. Ved fullmektigens konkurs vil hovedmannen i de førstnevnte tilfeller ha separatistrett etter kommisjonsloven § 53 annet ledd, mens han i de sistnevnte må nøye seg med en dividenderett etter alminnelige regler.⁴⁶

3.2.2 Overleveringskravet virker hemmende på omsetningen

Hele vår kredittordning hviler på det synspunkt at en rekke kontrakter ikke kan komme i stand eller virke etter sin hensikt hvis man ikke gir en særlig sikkerhet for de krav som

⁴⁵ Se pkt 5.1

oppstår av kontrakten. Ved en rekke kjøp, blant annet bestillingskjøp og tilvirkningskjøp, er det en nødvendig forutsetning for at avtalen skal komme i stand at kjøperen betaler i alle fall deler av kjøpesummen før levering. Ytelse mot ytelse er ikke den naturlige omsetningsform i slike tilfeller, samtidig som betingelse av underpant er tungvint og uhensiktsmessig.⁴⁷

Overleveringskravet gjør kjøperens stilling usikker, og kan dermed hindre partene i å avtale hensiktsmessige og legitime løsninger. "Løsøreomsetningens store omfang og variasjonsbredde gir slike betenkeligheter atskillig vekt. Iallfall tilsier de vidtgående unntak fra overleveringsprinsippet," skriver Andenæs.⁴⁸ Brækhus er imidlertid ikke enig i at overleveringskravet generelt hindrer omsetningen: "Det man gjør, er å gi kjøperen risikoen for selgerens insolvens. Han får da vurdere denne risiko når han betror selgeren gjenstanden."⁴⁹ For de fleste tilfeller stemmer nok denne betraktningen. Men hva med de tilfeller hvor avtalen ikke vil komme i stand med mindre samtidighetsprinsippet fravikes?

Hvor stor betydning overleveringskravet har for omsetningen er ikke lett å si. Slik kravet er utformet i dag virker det jo ikke som det demper kjøpelysten i særlig grad. Dette kan imidlertid bero på at kravet til tradisjon er ukjent for mange kjøpere. Men det kan også hende at Brækhus har rett: Betaler kjøperen hele eller deler av kjøpesummen før levering tar han den risikoen det fører med seg. I de fleste tilfeller går det bra, og man har jo i utgangspunktet tro på sin avtalepart.

3.2.3 Tradisjonsprinsippet kan gi urimelige utslag

At tradisjonsprinsippet kann virke urimelig skyldes at det er vanskelig tilgjengelig, og at det strider mot den alminnelige rettsfølelse. Avtaleprinsippet er det logiske utgangspunktet. Kjøperen regner med at gjenstanden er hans når den er betalt. Etter kjøpets avslutning er det kanskje helt tilfeldig når kjøperen henter tingen, for han er ikke klar over at han tar en risiko når han lar tingen bli liggende hos selgeren. Varen vil

⁴⁶ Lov om kommisjon av 30. juni 1916 nr.1

⁴⁷ Illum; Dansk Tingsret (1976) ved Carstensen s. 176- 177. Tilvirkningskontraktene behandles i pkt. 6.3

⁴⁸ Andenæs (op.cit.) s. 181. Lilleholt (op.cit.) argumenterer på samme måte, se s. 193

⁴⁹ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 507

sannsynligvis ha en mye større verdi for kjøperen enn for selgerens kreditorer, slik at overleveringskravet virker urimelig.

Argumentet har nok ikke særlig vekt i næringsforhold, hvor aktørene kan forventes å sette seg inn i de regler som gjelder, men kan ha større vekt i forbrukerforhold. Dette drøftes nedenfor i kapittel sju.

3.2.4 Sammenfatning

Det tyngste argumentet mot overleveringskravet er at det kan føre til tilfeldige resultater. Et krav om overlevering kan også teoretisk sett hemme omsetningen på områder hvor kjøperens betaling før levering er en nødvendig forutsetning for at avtaler skal komme i stand. For øvrig kan det legges vekt på at kravet er lite tilgjengelig og ukjent for mange kjøpere.

3.3 Betydningen av kjøperens betaling

Hittil har forutsetningen vært at kjøper har betalt hele eller deler av kjøpesummen før levering. I dette avsnittet skal jeg behandle de tilfeller hvor verken betaling eller overlevering har skjedd på konkursåpningstidspunktet. Problemstillingen er om kjøperen har eller bør ha en utleveringsrett til salgsgjenstanden i kraft av avtalen med selgeren. Utleveringsretten må nødvendigvis være betinget av at kjøperen oppfyller sin del av den inngåtte avtalen.

Når salgssavtale er inngått, men kjøperen ennå ikke har betalt varen, vil det *som regel* ikke foreligge noen interessekonflikt mellom kjøperen og boet. Boet vil normalt være tjent med å utlevere gjenstanden til kjøperen mot at denne betaler kjøpesummen, ettersom prisen ved konkursrealisasjon *vanligvis* ligger under prisen ved "normal" handel. Kjøperen på sin side kan normalt finne en annen medkontrahent.

Interessemotsetninger *kan* imidlertid oppstå. Kjøperen kan for eksempel ha oppnådd en god pris for gjenstanden, eller det er vanskelig å finne tilsvarende vare andre steder.

Boet på sin side kan ha oppnådd en bedre pris for varen annensteds, eller vil unngå å bli innblandet i tvister om kjøpsvilkårenes innhold og rimelighet.⁵⁰

Det er når boet har noe å tape på å oppfylle avtalen med kjøperen at faren for kreditorsvik oppstår. I disse tilfellene har man ikke en gang betaling som indisium på at eiendomsretten har gått over.⁵¹ Gode grunner taler således for å kreve overlevering.

Det er også (normalt) mindre grunn til å beskytte kjøperen når han ikke har betalt, i det kjøper normalt står i et fjernere forhold til en ikke betalt salgsgjenstand enn til en betalt.

Et argument som taler for å la kjøperen få rettsvern fra avtaletidspunktet *nettopp når han ikke har betalt på forhånd*, er at kredittmomentet da mangler, og at det derfor ikke er noen grunn til å stille kjøperen på linje med de øvrige kreditorer.

I motsatt retning taler uoppfylte kjøpsavtaler likhetstrekk med løsningsretter. Løsningsretter har ikke vern i konkurs uten tradisjon.⁵² Til forskjell fra en avtale om kjøp, er imidlertid en avtale om en løsningsrett i de fleste tilfeller avhengig av en eller flere betingelser. Innehaveren av en løsningsrett har dermed i utgangspunktet en mye mer usikker stilling enn en kjøper. Det er derfor rimelig at løsningsrettshaverens rett ikke har vern ved konkurs; betingelsen for oppfyllelse har ennå ikke inntruffet. Parallellen med løsningsretter bør derfor ikke veie særlig tungt ved vurderingen av om kjøperen bør ha separatistrett på bakgrunn av en uoppfylt kjøpekontrakt.

Forutsatt at kjøperen har rettsvern fra avtaletidspunktet, og dermed kan kreve salgsgjenstanden utlevert, oppstår spørsmål om forholdet mellom selgerens alminnelige kreditorer og eventuelle faktoringpanthavere. I mange tilfeller vil kjøpesummen i utgangspunktet være omfattet av selgerens faktoringpant. Spørsmålet blir da om de personlige kreditorene får noen glede av pengene. Lilleholt hevder at det vil gi best sammenheng dersom kravet anses omfattet av faktoringpantet, men at det ikke er noen nødvendig sammenheng mellom dette og det at kreditorene bare kan ta beslag i retten til

⁵⁰ Andenæs (op.cit.) s. 185

⁵¹ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 508, Sandvik i TfR 1968 s. 447.

⁵² Andenæs (op.cit.) s. 185

kjøpesummen, ikke selve gjenstanden.⁵³ Berg mener dette er et sterkt argument for å kreve overlevering.⁵⁴

De reelle hensyn gir ikke noe entydig svar på om kjøperen bør ha rettsvern fra avtaletidspunktet når han ikke har betalt før konkursåpningen. I den juridiske teori hersker det til dels ulike oppfatninger. Brækhus hevder at kjøper i alle tilfeller bør få utlevert varen ved å erlegge kjøpesummen dersom dette ennå ikke er gjort, eventuelt ved å betale på ny.⁵⁵ Andenæs konklusjon er at kjøperen ikke får rettsvern for sitt krav fra avtaletidspunktet (selv om kjøperen tilbyr betaling av den avtalte kjøpesum).⁵⁶ De fleste juridiske forfattere er imidlertid enige om at det ikke er grunnlag for å oppstille andre regler i de tilfeller hvor kjøperen ikke har betalt på konkursåpningstidspunktet enn ellers.⁵⁷

⁵³ Lilleholt (op.cit.) s. 196 i note 280.

⁵⁴ Berg (op.cit.) s. 28.

⁵⁵ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 508, 513, 514, Sandvik (op.cit.) s. 447 og Svoren i Næringslivsjus- aktuelle problemstillinger (1991) s. 518- 520

⁵⁶ Andenæs (op.cit.) s. 185

4 Rettskilder

4.1 Innledning

Oppfatningen om gjeldende rett er i dag at det som utgangspunkt kreves overlevering for at kjøperen skal oppnå rettsvern mot avhenderens kreditorer. Det er i punkt 3.1 redegjort for de hensyn som kan begrunne en slik regel. I dette kapittelet drøftes overleveringskravets rettskildemessige forankring.

Overleveringskravet i løsørekjøp støttes som nevnt i pkt. 1.4 verken av lov eller klar sedvanerettsregel. Det som finnes er først og fremst et tre eldre høyesterettsdommer, samt juridisk teori bygget på tolkninger av dommene og avveininger av reelle hensyn. Rettstilstanden kan dermed synes noe uklar. Dette bemerkes fra svensk hold: "...*praxis är [dock] mager, och doktrinen svävande*", skriver Håstad om norsk rett på området.⁵⁸

4.2 Juridisk teori

Det har hersket ulike oppfatninger om spørsmålet om løsørekjøperens rettsvernsakt i den dansk- norske juridiske teori. Problemet ble tidligere formulert som et spørsmål om *tidspunktet for eiendomsrettens overgang*. Som følge av det funksjonelle eiendomsrettsbegrep er nå spørsmålet om løsørekjøpers rettsvernskrav ikke avhengig av eiendomsrettens overgang i andre relasjoner.⁵⁹

På 1800- tallet krevde Ørsted *tradisjon*, med unntak for *constitutum possessorium*.⁶⁰ Senere sonderer Scheel mellom aktuell og eventuell eiendomsrett.⁶¹ *Aktuell* eiendomsrett betyr at erververen har en ubetinget rett til å komme i besittelse av gjenstanden når han selv vil. Er eiendomsretten *eventuell*, er erververen avhengig av at en betingelse blir oppfylt før han kan få rådighet over gjenstanden. Dersom avhenderen sitter med tingen i egen interesse, er det kun snakk om en eventuell eiendomsrett, og da har ikke kjøperen separatistrett. I motsatt fall kan kjøperen kreve tingen utlevert. Det er *utenfor partenes*

⁵⁷ Lindebrække (op.cit.) s. 217, Lilleholt (op.cit.) s. 195- 196, Falkanger (op.cit.) s. 609- 610 og Berg (op.cit.) s. 27- 28

⁵⁸ Håstad (op.cit.) s. 204. Se også SOU:1995:11 s. 139-140.

⁵⁹ Brækhus; Omsetning og kreditt 3 og 4: Omsetningskollisjoner (1998) s. 3-11

⁶⁰ Ørsted; Haandbog over den danske og norske lovkyndighet (1931) bind IV s. 376 flg.

rådighet å avgjøre når eiendomsretten går over til å være aktuell. Scheels lære er en forløper for interesselæren slik vi kjenner den i dag.⁶²

Gjelsvik sonderer mellom kausalrettshandel og overføringsrettshandel. Bare ved overføringsrettshandel overføres eiendomsretten. I tillegg må eiendomsretten være *aktuell*, for eksempel ved at erververen har fått tingen i sin besittelse. Om eiendomsretten er aktuell beror på en *tolkning av partenes avtale*.⁶³ Gjelsviks begrunnelse er ikke utførlig: "Jeg bygger nærmest på at det ikke er vår positive rettsordning at den eventuelle eiendomsrett har tinglig rettsvern, med mindre den eventuelle eier sitter med tingen eller noen annen (ikke den aktuelle eier) på hans vegne."⁶⁴

Gunnar Grette er talsmann for avtaleprinsippet.⁶⁵ Avtalen mellom partene avgjør de nærmere vilkår for eiendomsovergangen. Ved generisk bestemte ytelser kreves det imidlertid etter Grettes oppfatning individualisering. Vinding Kruse mener når det gjelder dansk rett at avtaleprinsippet gir den mest rasjonelle løsning når man ser på de reelle hensyn.⁶⁶ Hans syn er at det er domstolene som er best egnet til å avgjøre om det dreier som en reell eiendomsoverdragelse, sikkerhetsstillelse eller unndragelse av eiendeler fra kreditorene. Han får tilslutning fra Illum.⁶⁷ Augdahls oppfatning i 1945 var at et avtaleprinsipp var det beste, men at rettsstillingen de lege lata var usikker.⁶⁸

På den andre siden, som talsmenn for et tradisjonsprinsipp står Ross og Lindebrække.⁶⁹ Ross mener at ved gaver, eller i de tilfeller hvor gjenstanden er forskuddsbetalt, må det kreves overlevering for å oppnå rettsvern. Ellers ville kreditorenes posisjon bli for usikker. I øvrige tilfeller er det etter Ross mening likegyldig hvilket rettsvernkrav som stilles opp.

⁶¹ Scheel; Forelesninger over norsk Tingsret (1912) s. 336 flg.

⁶² se pkt. 6.2

⁶³ Gjelsvik; Norsk Tingsret (1936) ved Solem s. 98-100 og 283- 90

⁶⁴ Gjelsvik (op.cit.) s. 289

⁶⁵ Grette i Knoph; Oversikt over Norges Rett (1949) s. 188

⁶⁶ Vinding Kruse; Ejendomsretten (1951) 3. bind v/ von Eyben, s. 187

⁶⁷ Illum; Dansk Tingsret (1952) 1. del s. 328

⁶⁸ Augdahl ved Willoch i JV 1945, s. 18 flg.

⁶⁹ Ross (op.cit.) s. 141 flg. og Lindebrække (op.cit) s. 207-208

Lindebrække mener at avtaleprinsippet er gjeldende rett, men at det bør oppstilles et overleveringskrav ettersom "en slik regel stort sett tilgodeser de krav hensynet til kreditorene reiser, uten å legge for store hindringer for omsetningen".⁷⁰ Tradisjonskravet tilgodeser etter Lindebrækkes mening også "...andre samfunnsmessige behov som ligger utenfor parternes egentlige interessesfære." Mest tungtveiende for Lindebrække er notoritetshensynet. Faren for kreditorsvik er stor ved overdragelser fra skyldneren. Samtidig skaper bevisføringen problemer. På dette punkt kritiserer han Vinding Kruse, og anfører at det vil medføre "...en uforholdsmessig byrde å på rettshåndhevelsen å velte den [vurderingen] over på domstolene." Lindebrække legger også vekt på hensynet til sammenheng og konsekvens i rettsvernsreglene, og han mener at det i konkurs prinsipielt sett ikke bør gjøres forskjell på krav som gjelder bestemte ting og krav som ikke gjør det.⁷¹ Likhetsprinsippet i konkurs bør altså ikke fravikes. I det hele argumenterer Lindebrække svært overbevisende for et overleveringskrav.

Dagens rettsstillstand har sin bakgrunn i Brækhus drøftelser av rettsvernsspørsmålet ved løssørekjøp de lege ferenda.⁷² Brækhus tar utgangspunkt i et overleveringskrav, men utformer en rekke unntak fra dette for de tilfeller blant annet hvor gjenstanden er igjen hos selgeren *i kjøpers interesse* og ved *tilvirkningskontrakter*.⁷³ Hans de lege ferenda betraktninger gir altså uttrykk for tradisjonsprinsippet som en svært moderert hovedregel. Brækhus er selv svært forsiktig i sine konklusjoner om gjeldende rett.

Gjennomgangstonen i nyere juridisk litteratur er at det som hovedregel kreves overlevering, men med en rekke unntak. Som en oppsummering av gjeldende rett skriver Falkanger: "...det må i dag kunne fastslås at som hovedregel må overlevering være skjedd for at kjøperen B skal være beskyttet mot selgerens kreditorer."⁷⁴

Helt samstemt er imidlertid teorien ikke. Augdahl skriver dette om overleveringskravet: "*En kategorisk regel gående ut på at B mangler [sådan] vern når A på kollisjonstiden (konkursåpnings- eller eksekusjonstiden) har besiddelsen, vilde utvilsomt gjøre nogen nytte - i retning av å vanskeliggjøre proformaverk og andre arrangementer som tar*

⁷⁰ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 503.

⁷¹ Lindebrække (op.cit.) s. 211

⁷² Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 506 flg.

⁷³ se pkt. 6

⁷⁴ Falkanger (op.cit.) s. 609

sikte på å begunstige en enkelt kreditor eller på å unndra midler fra å komme ens kreditorer til gode i det hele tatt.⁷⁵ Men likevel er det meget tvilsomt om en sådan ordning som almindelig regel er legislativt å anbefale.⁷⁶

De lege lata konkluderer Augdahl med at kjøperen har vern mot avhenderens kreditorer dersom han har krav på å få overlevert tingen med en gang eller når han måtte ønske det, men ikke dersom avhenderen har rett til inntil videre å fortsette besittelsen og denne rett består på konkursåpningstidspunktet. Han har dermed det motsatte utgangspunkt, og stiller opp andre kriterier enn Brækhus for når avtalen i seg selv gir rettsvern. I note peker Augdahl på at den ordningen han mener følger av gjeldende rett ikke er rasjonell. Augdahl mener det ville være bedre å sonde mellom tilfeller der kjøpesummen er betalt og der kjøpesummen ikke er betalt, med den begrunnelse at man er mye bedre stilt i konkursen dersom man ikke har betalt, fordi man da selvsagt ikke trenger å betale.

Etter Bergs oppfatning har tradisjonsprinsippet ingen klar forankring i norsk rett.⁷⁷

4.3 Rettspraksis

Det foreligger påfallende lite praksis omkring spørsmålet om rettsvernkravet ved løsørekjøp.⁷⁸ Den praksis som finnes, svinger i takt med den juridiske teori på tidspunktet for rettssaken.⁷⁹ Fra 1800- tallet har vi en dom publisert i Rt. 1878 s. 412 med et noe spesielt faktum omhandlende et "sale and rent back"- forhold. Høyesterett uttaler:

"..et i Forhold til Trediemand gyldigt Salg af Lösöre fordrer mere end en Aftale mellem Parterne, idet Fakta der indeholde en sand og virkelig Overleverelse eller ere et gyldigt Udtryk for en saadan, maa til."

Uttalelsen tyder på et gjeldende tradisjonskrav, men må ses på bakgrunn av at faktum i saken tydet på en klar omgåelseshensikt til skade for kreditorene.

⁷⁵ Augdahl; Den norske obligasjonsretts alminnelige del (1972) s. 422-430

⁷⁶ jf. også Lindebrække (op.cit.) s. 207 og Ross (op.cit.) s. 142 flg.

⁷⁷ Berg (op.cit.) s. 15

⁷⁸ Om årsakene til den sparsomme rettspraksis på området se pkt. 7.4.4

⁷⁹ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 503

Fra begynnelsen av 1900- tallet er Tømmerdommen fra 1909 og Ku- og Jernskrapdommene fra 1910 og 1912 anført som argumenter for et gjeldende tradisjonskrav. Avgjørelsene er behandlet utførlig i litteraturen.⁸⁰ Spørsmålet for domstolene var i alle tre saker om kjøperen, som hadde betalt på forskudd, hadde separatistrett til sin ytelse.

Tømmerdommen (Rt. 1909.734) gjaldt salg av tømmer som dels var hugget, dels sto på rot i forskjellige skoger ved konkursåpningen. Høyesterett la særlig vekt på ordlyden i salgsavtalen, som viste at det hadde vært partenes mening å foreta en "virkelig eiendomsoverdragelse", og kom (i motsetning til underretten) til at tømmeret var tilstrekkelig individualisert. Konklusjonen var at kjøperen hadde separatistrett.

Dommen kan tas til inntekt for at det ikke kreves overlevering i de tilfeller hvor avtalen mellom partene innebærer at eiendomsretten til gjenstanden går over på kjøperen, i alle fall ikke når gjenstanden befinner seg i det fri og er tilstrekkelig individualisert.

Kudommen (Rt. 1910.231) gjaldt salg av elleve melkekyr, som skulle forbli hos selgeren til de var utmelket. Da selgeren gikk konkurs, var bare en ku levert. Kjøperen, som hadde betalt på forskudd, forlangte de siste ti utlevert fra konkursboet, men fikk ikke medhold. Under dissens 4-3 kom Høyesterett til at kjøperen ikke hadde separatistrett til kuene. Førstvoterende uttalte som talsmann for flertallets oppfatning:

"Selgeren...betingede og beholdt i sin interesse raadigheden over creaturene i flere maaneder. Naar saaledes ikke eiendomsraadigheden gik over paa kjøberen paa den tid, aftalen sluttedes, maatte der til at effektuere en virkelig eiendomsoverdragelse senere finde en udlevering sted."

Flertallet og mindretallet synes å være enige om at overlevering er nødvendig i de tilfeller hvor avtalen mellom partene ikke innebærer noen virkelig eiendomsoverdragelse. Dissensen skyldes ulik oppfatning av om eiendomsretten var

⁸⁰ Brækhus bruker dem som utgangspunkt for sine vurderinger se Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 503 flg. Se også Berg (op.cit.) s 7- 8, Lilleholt (op.cit.) s. 190- 191, med videre henvisninger og Lindebrække (op.cit.) s. 203 flg.

gått over til kjøperen på konkurstidspunktet. Flertallet kom til at så ikke var tilfelle, og la avgjørende vekt på at kuene forble hos selgeren i dennes interesse etter avtaleinngåelsen. Mindretallet fant at eiendomsretten gikk over i og med avtalen og at selgeren nå satt med kyrne på vegne av kjøperen. Av dette kan det utledes *at årsaken til den manglende overleveringen* har avgjørende betydning for om kjøperen oppnår separatistrett fra avtaletidspunktet.

Jernskrapdommen (Rt. 1912.263) dreiet seg om salg av avfallsstål fra et skipsverft. Avfallet ble etter hvert lagt i haug på verftets grunn, slik at kjøperen kunne hente det når det passet ham. Høyesteretts flertall (5 dommere) ga kjøperen rett til å hente jernskrapet etter at selgeren gikk konkurs. Flertallet viste til mindretallet i byretten, og la vekt på næringslivets behov for å kunne gjennomføre legitime transaksjoner som etter forholdene er naturlig. Avtalen mellom kjøperen og selgeren innebar etter flertallets oppfatning en virkelig eiendomsoverdragelse, i det jernskrapet lå hos selgeren for kjøperens regning og risiko. Mindretallet (2 dommere) viste til Kudommen og var av den oppfatning at eiendomsrettens overgang først ville skje ved veiing av skrapet i forbindelse med avhenting.

Dommen viser at overlevering ikke er nødvendig dersom salgsavtalen innebærer en virkelig og umiddelbar eiendomsoverdragelse. For flertallet var det avgjørende i vurderingen av forholdet at jernskrapet lå hos selgeren for kjøperens regning og risiko. Høyesterett følger dermed opp sine uttalelser i kudommen.

Både Tømmerdommen og Ku- og Jernskrapdommene knytter vurderingen av kjøperens separatistrett til spørsmålet om eiendomsrettens overgang. Dommene må leses i dette lys. Videre svekkes vekten av dommene av at de er gamle og avsagt under sterk dissens. Bakgrunnen for at dommene likevel regnes som sentrale rettskilder når det gjelder spørsmålet om kjøperens rettsvernsakt er tredelt. For det første skyldes dommenes sterke stilling mangelen på andre vektige rettskilder. Videre danner dommene grunnlaget for den toneangivende juridiske teori på området. Dessuten kan det godt hende at den rettsstilstand dommene gir uttrykk for gir anvisning på gode løsninger.

Etter Jernskrapdommen har ikke spørsmålet om løsørekjøpers rettsvernsakt kommet opp for Høyesterett. Ku- og Jernskrap- dommene ble imidlertid på 1950 og 60- tallet fulgt

opp med noen dommer fra underinstansene.⁸¹ En voldgiftsdom fra 1972 gir sin tilslutning til Brækhus lære.⁸² Enevoldgiftsdommer Carsten Smith uttaler på s. 67:

"I henhold til de konklusjoner man i dag bør stille opp på dette felt, gjelder det intet ubetinget krav om overlevering av salgsgjenstanden, men det er heller ikke alltid at avtalen vil være nok".

4.4 Sammenfatning

På bakgrunn av det materiale som foreligger kan man ikke konkludere med at det gjelder et overleveringskrav i norsk rett. På den annen side har man heller ikke grunnlag for å hevde at avtalen mellom partene er tilstrekkelig rettsvernsakt. Rettstilstanden på området taler følgelig for at et eventuelt overleveringskrav ikke bør gjelde lenger enn det hensynene bak kravet tilsier, fordi avtaleprinsippet er det naturlige utgangspunkt.

⁸¹ RG 1957.577 (Frostating), RG 1963.492 (Eidsivating), samt en upublisert dom fra Bergen Byrett 28. august 1958.

⁸² RG 1972.53 (Voldgift)

5 Hva kreves etter gjeldende rett for at gjenstanden aksepteres "overlevert"?

5.1 Overleveringskravets materielle innhold

En rent språklig forståelse av overleveringskravet innebærer at salgsgjenstanden fysisk må overgis fra kjøper til selger for at kjøper skal få separatistrett til sin ytelse. Slik er tradisjonskravet imidlertid ikke tolket.

Den vanskelige grenseoppgangen mellom pantstillelser og salg taler for at overleveringskravet tolkes på samme måte ved salg som ved håndpantsettelse etter pantel. § 3-2. Dette er også den alminnelige oppfatning i juridisk teori.⁸³ Etter pantel. § 3-2 kreves for rettsvern at gjenstanden *fravendes* eieren.⁸⁴ Panthaveren trenger imidlertid ikke selv å ha fått rådighet over formuesgodet.⁸⁵ Overført til salgstilfellene innebærer dette at kjøper også får separatistrett ved at selger overgir gjenstanden til tredjemann. Sitter tredjemann med tingen på forhånd er det etter alminnelig oppfatning nok at denne får melding om salget (notifikasjon, sml. det romerrettslige *traditio longa manu*).⁸⁶ Har kjøper selv rådighet over gjenstanden på salgstidspunktet, er avtalen i seg selv tilstrekkelig til at han er sikret separatistrett (*traditio brevi manu*). Det samme gjelder der salgsgjenstanden befinner seg i det fri.⁸⁷ Tradisjonskravet kan altså ikke tolkes bokstavelig.

Hensynene bak håndpantregelen og hensynene som taler for et overleveringskrav i kjøpstilfellene er imidlertid bare delvis sammenfallende.⁸⁸ På denne bakgrunn hevder

⁸³ Berg (op.cit.) s. 16 og Lilleholt (op.cit.) s. 190. Et alternativ til pantelovens overlevringsbegrep er at kjøpslovens regler om tidspunktet for risikoens overgang legges til grunn, jf kjl. §§ 6-7. Dette er imidlertid ikke noe godt alternativ. For eksempel kan salgsgjenstanden aldri regnes som *overlevert* i forhold til rettsvernsreglene når den bare er klar for avhenting hos selgeren.

⁸⁴ Om hva som nærmere ligger i kravet, se Brækhus; Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet og Skoghøy; Panteloven med kommentarer (1995) s. 212- 217. Se også Rt. 1997.1438 (Metos).

⁸⁵ Sml. pantel. § 3-2 annet ledd. Se også Rt. 1988.1327 (Rekstens konkursbo).

⁸⁶ jf. parallellen til håndpantregelen, og Lilleholt (op.cit.) s. 190. Annerledes Berg (op.cit.) s. 18-19. Augdahls (op.cit.) oppfatning er at notifikasjon må kreves dersom tradisjonsprinsippet råder. På bakgrunn av hva han anser er gjeldende rett, tror han imidlertid at domstolene *ikke* vil kreve notifikasjon av tredjemann dersom de får seg spørsmålet forelagt (s. 425). Spørsmålet drøftes ikke nærmere her. Melding til tredjemann gir imidlertid svært dårlig notoritet.

⁸⁷ Rt. 1909.734 "Tømmersalgsdommen", se pkt.4.3. Tømmeret befant seg i forskjellige skoger, dels på rot, dels hugget.

⁸⁸ jf pkt. 3.1.4

Andenæs at det kan tenkes at også overlevering som *ikke* oppfyller kravene til håndpantsettelse kan oppfylle kravene til overlevering ved salg.⁸⁹ Etter min oppfatning vil imidlertid et lempeligere overleveringskrav ved salg enn ved pantstillelse være et argument som svekker begrunnelsen for å kreve overlevering, fordi det gir et incitament til å kamuflere sikkerhetsstillelser som salg.

Kravet til overlevering er preseptorisk i den forstand at avtaler som søker å gi kjøperen rettsvern før tradisjonskravet er oppfylt ikke kan gjøres gjeldende overfor konkursboet. Den omvendte situasjon er at selgeren i følge avtalen skal være eier til et senere tidspunkt enn det normale rettsvernstidspunkt. I denne retning har partene avtalefrihet med virkning for selgerens kreditorer.⁹⁰

5.2 På hvilket tidspunkt må overlevering være gjennomført?

I konkurstilfellene er det avgjørende om overleveringen har skjedd før klokkeslettet for konkursåpning (jf kkl. §§ 72, 1. ledd og 74).⁹¹ Her finnes det ikke regler som krever at vernet må være etablert senest dagen før.⁹²

⁸⁹ Andenæs (op.cit.) s. 183

⁹⁰ Andenæs (op.cit.) s. 184, Kaasen; Kommentar til NF 92 (1994) s. 472

⁹¹ Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni 1984 nr. 58 (kkl.)

⁹² Lilleholt (op.cit.) s. 195

6 I hvilke tilfeller kreves overlevering?

6.1 Innledning

Forutsetningen for fremstillingen i kapittel seks og sju er at det som hovedregel gjelder et overleveringskrav ved løsørekjøp. Problemstillingen er hvor langt denne hovedregelen rekker.

Utgangspunktet i norsk rett er at rettsvernkrav er absolutte. Dette har Høyesterett slått fast i flere dommer om forskjellige lovfestede rettsvernkrav.⁹³ I Rt. 1997.1050 (Momentum) som gjaldt VPS- loven § 5-3, uttaler flertallet:⁹⁴

"Det klare utgangspunktet er at rettsvernreglene gjelder absolutt, slik at det ikke er rom for noen vurdering av om reglene i det konkrete tilfellet fører til et rimelig resultat. Dette har gode grunner for seg, ikke minst for å unngå usikkerhet og tvister. Jeg ser det derfor som betenkelig å tolke inn skjønnspregete unntak i de lovfestede rettsvernsreglene."

Med denne bakgrunn kan det hevdes at når det først gjelder et overleveringskrav, må man også være varsom med unntak fra dette kravet. Det er imidlertid lett å argumentere i motsatt retning. For det første er tradisjonsprinsippet ikke lovfestet. Med en dårlig forankret hovedregel kan man hevde at det skal mindre til for å anerkjenne unntak.⁹⁵ Videre har overleveringskravet til dels store ulemper, som ikke i samme grad gjør seg gjeldende for eksempel ved tinglysningskravet ved kjøp av fast eiendom.⁹⁶ Dette taler for at en ikke trenger å være så forsiktig med modifikasjoner i kravet til tradisjon. Man kan muligens også legge vekt på løsørekjøpenes store mengde og variasjonsbredde. Overleveringskravet fungerer fint i en del tilfeller, men virker urimelig stivbent og upraktisk i andre. Dette bør avhjelpes med smidige regler.

⁹³ Bl.a. Rt. 1994.1447 og Rt.1998.268 Dorian Grey (sjøloven § 25)

⁹⁴ Lov om Verdipapirsentral av 14. juni 1985 nr. 62

⁹⁵ Berg (op.cit.) s. 20

⁹⁶ jf. pkt. 3.2

På den annen side kan det hevdes at det grunnleggende behov for klare rettsvernsregler er det samme ved løsørekjøp som ellers. Dette tilsier en begrensning i antallet og omfanget av unntak fra overleveringskravet.

I juridisk teori er det enighet om at tradisjonskravet ikke kan gjelde absolutt.⁹⁷ Jeg vil i det følgende ta for meg en del tilfeller hvor det hevdes at kravet til overlevering ikke gjelder. Hovedvekten vil i tråd med oppgavens tema ligge på en vurdering av forbrukerkjøperens stilling i næringssselgerens konkursbo. Dette spørsmålet er skilt ut som et eget hovedpunkt (kap. 7).

6.2 Interesselæren

6.2.1 Interesselærens innhold og begrunnelse

Interesselæren er formet som et unntak fra overleveringskravet, og går kort og upresist ut på at tradisjonsprinsippet ikke gjelder i de tilfellene selger sitter med tingen i kjøpers interesse. Læren er utformet av Brækhus, som formulerer den slik:⁹⁸

*"...kjøperens rett bør være beskyttet mot selgerens kreditorer hvor salgsgjenstanden er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få gjenstanden i sin besittelse. Det samme bør muligens være tilfelle hvor det bare er transporten som gjenstår, eller hvor selgeren skal utføre visse tilleggsarbeider på gjenstanden som i og for seg er ferdig til levering."*⁹⁹

Det følger av ovennevnte formulering at årsaken til at ytelse mot ytelse- prinsippet er fraveket i det konkrete tilfellet er avgjørende for hvilken rettsvernsakt som kreves. Skyldes manglende overlevering ved betaling at kjøperen av en eller annen grunn ikke hadde bruk for ytelsen ennå, eller at han ikke hadde anledning til å ta imot gjenstanden, er det ingen grunn til å likestille ham med selgerens øvrige kreditorer. Interesselæren er basert på at dersom den manglende overlevering kun er begrunnet i kjøperens interesse,

⁹⁷ Andenæs (op.cit.) s. 181, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 513 flg., Lilleholt (op.cit.) s. 195-196, Falkanger (op.cit.) s. 509

⁹⁸ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 513

⁹⁹ sml. Scheels lære (pkt. 2.4.2). Begrunnelsene er likevel forskjellige.

kan det ikke foreligge noe kredittmoment, og dermed er det unødvendig å kreve overlevering.

Er årsaken til at gjenstanden ikke er levert ved kjøperens betaling at gjenstanden ikke var klar til levering eller at selgeren har behov for den, kan selgeren være ytet kreditt, og kjøperen bør følges likestiltes med de øvrige fordringshaverne i boet.¹⁰⁰

Vurderingen av årsaken til manglende overlevering kan være vanskelig i de tilfeller hvor salget er kombinert med at selgeren skal utføre visse *tilleggsytelser* for kjøperen, for eksempel lagerhold eller utbedringer. Det er en flytende overgang fra disse tilfellene til de tilfeller hvor gjenstanden ennå ikke er ferdig til levering. Skillet er ifølge interesselæren avgjørende for om overlevering kreves.¹⁰¹ Kjøperen av en bil som er under produksjon, men ennå mangler en av de avtalte finesser står således i en annen stilling enn kjøperen en av bil som er ferdig, og som det skal monteres ekstrautstyr på. I det siste tilfellet vil kjøperen sannsynligvis ha vern fra avtaletidspunktet, i det første ikke.

Av begrunnelsen for interesselæren følger det at det kun er når salgsgjenstanden er hos selgeren *utelukkende* i kjøpers interesse unntaket fra overleveringskravet gjelder. Betaler kjøperen (som i eksemplet i innledningen) sofaen på forhånd og setter den igjen hos selgeren, hjelper det ikke at det var i hans interesse å la den bli stående hvis selgeren trengte møblene til en visning dagen etter.

6.2.2 Rettslig forankring

Det er Brækhus de lege ferenda betraktninger som danner grunnlaget for interesselæren. Falkanger karakteriserer læren som *"...et alminnelig akseptert ikke-lovfestet unntak fra overleveringskravet, dog ikke autoritativt fastslått i litteraturen."*¹⁰²

Andenæs på sin side hevder at *"det kan nok tenkes at Høyesterett vil se med skepsis på enkelte av de unntak fra tradisjonsprinsippet som har vært oppstilt i*

¹⁰⁰ jf. Rt. 1910.231, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 508

¹⁰¹ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 510

¹⁰² Falkanger s. (op.cit.) 611

rettslitteraturen".¹⁰³ Det er temmelig klart at Andenæs uttalelse (blant annet) gjelder interesselæren.

Augdahl har som nevnt ovenfor under punkt 4.2 utformet alternative kriterier for når avtalen mellom partene er nok til å sikre kjøperen rettsvern.¹⁰⁴ Et særskilt spørsmål er hvordan Augdahls lære forholder seg til interesselæren.¹⁰⁵

Høyesterett har ikke eksplisitt tatt stilling til interesselæren. Resultatene, men ikke begrunnelsene, i de to nevnte Ku- og Jernskrapdommene er i overensstemmelse med læren.¹⁰⁶

Underrettspraksis er noe mer rikholdig. Blant annet er RG 1963.492 (Eidsivating Lagmannsrett) tatt til inntekt for Brækhus synspunkter.¹⁰⁷ Saken gjaldt salg av en bil. Spørsmålet for retten var om kjøperen hadde oppnådd rettsvern for overdragelsen. Retten kom til at så ikke var tilfelle. Avgjørende var at selgeren også etter salget hadde en utstrakt disposisjonsrett over bilen, og at "den egentlige overlevering ikke fant sted før etter konkursens åpning". Bilen var *ikke overlevert* når den var parkert på kjøperens tomt selv om kjøperen hadde rådigheten over nøklene når selgeren ikke brukte bilen. Likevel vurderte lagmannsretten å gi kjøperen vern. Selgerens disposisjonsrett over bilen stengte imidlertid for dette. Den manglende overlevering var altså ikke bare i kjøperens interesse.

Etter min oppfatning er denne dommen ikke noe godt argument for interesselæren. Sakens faktum tydet i betenkelig grad på at det reelt var tale om en underpantsettelse i løsøre. Retten tok imidlertid ikke stilling til dette vanskelige bevisspørsmål, men "hoppet over gjerdet der det var lavest". På denne måten kunne retten la kreditorene ta beslag i bilen uten å måtte si at salgsavtalen var et pro forma- verk.

En klar tilslutning til interesselæren gir voldgiftsdommen i RG 1972.53 (enevoldgiftsdommer Carsten Smith). Saken gjaldt en tvist mellom forlagspanthaver og

¹⁰³ Andenæs (op.cit.) s. 183

¹⁰⁴ Augdahl (op.cit.) s. 422-430

¹⁰⁵ Dette spørsmål drøftes på grunn av plassmangel ikke her.

¹⁰⁶ Om dommene se pkt. 4.3

¹⁰⁷ Falkanger (op.cit.) s. 613

løsørekjøper om retten til en del baller flekkmasse som var betalt av kjøper, men lå på selgerens tomt da panthaveren tiltrådte pantet. Dommen gjelder altså ikke direkte forholdet mellom løsørekjøperen og selgerens alminnelige kreditorer, men etter rettens syn talte likevel "de beste reelle grunner for se dette som en konflikt mellom en løsørekjøper og en kreditor som søker gjeldsdekning". Med denne løsning ville man "...oppnå den vesentlige retts tekniske fordel at kjøperens rettsstilling vil bli ensartet bedømt i relasjon til så vel forlagspanthaver som de øvrige kreditorer." Retten uttaler videre om rettsvernkravet ved løsørekjøp:

"Et avgjørende punkt er hvor fremtredende kredittmomentet er med hensyn til vedkommende forskuddsbetaling... Kjøperens rett vil således være beskyttet mot selgerens kreditorer hvor varen er stillet til kjøperens disposisjon eller det bare beror på ham selv når han skal få den i sin besittelse. Som en hovedretningslinje har i denne sammenheng vært benyttet den formulering at kjøperen er beskyttet dersom selgeren sitter med gjenstanden i kjøperens interesse."

Voldgiftsdommers rettskildeverdi er imidlertid etter alminnelig rettskildelære liten.

6.2.3 Vurdering

Er gjenstanden hos selgeren kun i kjøperens interesse, kan det ikke foreligge noe kredittmoment ved betalingen. Er interessevilkåret ikke oppfylt, kan man på den annen side ikke slutte at kjøperens betaling innebærer et kredittmoment. Interesselæren har imidlertid den fordel at de "sikre" tilfellene blir skilt ut, og man unngår dermed konkrete vurderinger av hvorvidt det i det enkelte tilfelle er ytet kreditt.

Fremstillingen ovenfor viser at vurderingen av årsaken til at gjenstanden er hos selger etter kjøpers betaling kan være vanskelig og i visse tilfeller tilfeldig. Skillet mellom uferdige produkter og ferdige produkter som det skal foretas endringer på er nevnt som eksempel i pkt. 6.2.1. Interesseavveiningen beror prinsipielt på en vurdering av de ytre forhold ved kjøpet. Vurderingen av kjøpers og selgers interesse kan dermed bidra til å tildekke det som er sentralt: om kjøperens betaling kan likestilles med kredittgiving.

Det kan hevdes at man for de tilfeller hvor den manglende overlevering er begrunnet i annet enn ytet kreditt, bør ha en mer presis utforming av et eventuelt unntak fra overleveringskravet enn den som følger av interesselæren. Vurderingstemaet bør kanskje i større grad knytte seg til det manglende kredittmomentet. Problemet er selvsagt hvordan "kredittmoment" skal defineres. En mulighet kan være å knytte vurderingstemaet opp til tidspunktet for selgerens rett til å kreve betaling etter alminnelige kontraktsrettslige regler. Har dette tidspunktet ikke kommet, medfører kjøperens betaling at selgeren oppnår kreditt. I slike tilfeller må det kreves overlevering. Er kreditt avtalt, og kjøper betaler ved avtalt forfall, er det ingen grunn til at kjøperen skal stilles i en bedre posisjon enn selgerens øvrige kreditorer. Også i et slik tilfelle må overlevering kreves.

Uavhengig av om interesselæren gir et godt vurderingstema, kan det reises spørsmål ved om manglende kredittmoment er *nok* til at overleveringskravet bør fravikes. I tråd med konklusjonen under pkt 4.4 bør hensynet til likestilling mellom kreditorer bare være et moment i vurderingen av om de reelle hensyn tilsier et krav om overlevering. Hovedhensynet bak tradisjonsprinsippet er at den notoriteten overlevering gir hindrer kreditorsvik. Er gjenstanden hos selger i kjøpers interesse må vel også faren for kreditorsvik være liten. Reelle hensyn begrunner således ikke overleveringskravet i de tilfellene som omfattes av interesselæren.

6.3 Tilvirkningskjøp og andre tilvirkningskontrakter

6.3.1 Innledning. Begrunnelse. Rettslig forankring.

Avtaler om tilvirkning har det felles særpreg at ytelsen ikke finnes på kontraktsslutningstidspunktet.¹⁰⁸ For at tilvirkeren skal gå i gang med fremstillingen kan det være nødvendig og/ eller rimelig at kjøperen bidrar til finansieringen. Det er for eksempel lite trolig at en skredder vil sette saksen i stoffet før han har fått utbetalt i det minste deler av kjøpesummen. Det samme gjelder ved større tilvirkningskontrakter.

¹⁰⁸ I motsetning til tjenester og immaterielle rettigheter, finnes derimot i alle fall deler av tilvirkerens ytelse på konkurstidspunktet.

Spesielt for *entreprisekontraktene* er at arbeidet ofte skjer på erververens område.¹⁰⁹ Da gir det ingen mening å snakke om overlevering, i alle fall ikke når det gjelder faste innretninger på eiendommen. I entrepriserforhold er den normale ordningen at entreprenøren betinger seg betaling etter hvert som gjenstanden tilvirkes, til dekning av utgifter til materialer og utført arbeid. Standardavtalene bestemmer som regel at bestilleren blir eier av det oppførte bygg og materialer som er tilført byggeplassen etter hvert som han betaler.¹¹⁰ Reglenes siktemål er ikke primært å regulere forholdet mellom partene, men forholdet til tredjemenn, i første rekke kreditorene.¹¹¹

I utgangspunktet kan imidlertid ikke partene avtale rettsvernstidspunktet med virkning for kreditorene.¹¹² Oppfatningen i den juridiske teori er imidlertid at bestilleren ved "større" tilvirkningskjøp har rettsvern i samsvar med det som er avtalt om overgang av eiendomsretten.¹¹³ Kjøperen får dermed realsikkerhet for forskuddet. Oppfatningen er ikke uomstridt.¹¹⁴

Begrunnelsen for at avtalen mellom partene kombinert med oppdragsgiverens delbetaling regnes som tilstrekkelig rettsvernsakt ved "større" tilvirkningskjøp er tredelt. For det første er forskuddsbetaling en *hensiktsmessig kredittordning og en ønskelig finansieringsmetode*. For det andre får bestillerens delbetaling *lite preg av kredittytelse* ettersom overgangen av eiendomsrett skjer etter hvert som gjenstanden tilvirkes. I tillegg fører avtalens karakter og betalingenes omfattende dokumentasjon typisk til *stor grad av notoritet til tross for manglende overlevering*. Faren for kreditorsvik er dermed liten.

Det foreligger ikke mye rettspraksis om unntaket fra overleveringskravet ved tilvirkningskjøp. I Bomek- saken la namsretten interesselæren til grunn, og avviste bestillerens utleveringsrett under henvisning til at den ikke leverte modul ikke var ferdig

¹⁰⁹ Dette gjelder ikke for skipsbygging, men da kan skipet registreres i skipsbyggingsregisteret. Problemer kan imidlertid oppstå i de tilfeller hvor man ikke har registrert nybyggingen, se Falkanger s. 619 og Kaasen (op.cit.) s. 475.

¹¹⁰ Se for eksempel NF 92 art 22.1 og NS 3430 pkt. 37.1.

¹¹¹ Kaasen (op.cit.) s. 472

¹¹² se pkt. 5.1

¹¹³ Lindebrække (op.cit.) s.221, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 508, Selvig s. VII flg., Lilleholt (op.cit.) s. 201, Kaasen (op.cit.) s. 472- 476

¹¹⁴ Sandvik (op.cit.) s. 459, Svoren (op.cit.) s. 512- 514, Andenæs (op.cit.) s. 186

og dermed befant seg hos leverandøren i dennes interesse.¹¹⁵ Avgjørelsen har blitt sterkt kritisert, og kan ikke regnes som gjeldende rett.

En dom fra Hålogaland Lagmannsrett 1. oktober 2002 gjaldt tilvirkning av skip. Tilvirkeren og bestilleren hadde uttrykkelig avtalt at bestillerens forskuddsbetaling skulle sikres med korresponderende eiendomsrett til skipet, og at retten skulle ha vern overfor tilvirkerens kreditorer. Dette skulle sikres ved at tilvirkeren registrerte skipet i skipsbyggingsregisteret, jf sjøl. § 31. Registreringen ble imidlertid ikke foretatt før tre uker før tilvirkerens konkurs. Tvisten for domstolen gjaldt primært spørsmålet om boet kunne omstøte registreringen som sikkerhetsstillelse for eldre gjeld etter dekn. § 5-7 (2), og subsidiært om bestilleren til tross for at registreringen var omstøtelig hadde separatistrett til den tilvirkede del på bakgrunn av avtalen mellom partene.

Retten kom til at det ikke forelå en omstøtelig sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, og la til grunn den almene rettsoppfatning at *"en forskuddsbetalende kjøper blir eier av det tilvirkede, og med rettsvern overfor tilvirkerens kreditorer."* Det hadde dermed aldri foreligget usikret kreditt mellom partene.

Dommen tar således ikke eksplisitt stilling til om rettsvern kan oppnås ved en avtale om eiendomsrettens overgang og korresponderende delbetaling, men bygger forutsetningsvis på en slik rettsoppfatning. Det er for tidlig å si hvilken betydning dommen vil ha for rettstilstanden på området.

6.3.2 Vurdering

Unntaket fra overleveringskravet for tilvirkningskjøp i juridisk teori anføres å gjelde bare i "større" tilvirkningsforhold. Det er opplagt stor forskjell på en avtale om skreddersøm av en dress og en avtale om bygging av en oljeplattform. Nærmere kriterier som avgrenser hvilke tilfeller som omfattes av særregelen er ikke utformet verken i teori eller praksis. Mangelen på avgrensningskriterier gjør det nærliggende å se hen til de hensyn som begrunner regelen. En slik tilnærmingstype gir imidlertid en svært pragmatisk regel, i strid med utgangspunktet om at rettsvernsregler er absolutte.

¹¹⁵ ND 1982.264 Bodø Namsrett

At overleveringskravet ikke gis større rekkevidde enn hensynene bak kravet tilsier, er imidlertid i tråd med konklusjonen i pkt. 4.4 basert på gjennomgangen av overleveringskravets rettslige forankring.

6.4 Individualiseringskravet

6.4.1 Individualiseringskravets begrunnelse og betydning

Med *individualisering* menes at ytelsen er skilt ut hos selgeren og bestemt til oppfyllelse av avtalen med kjøperen. Individualiseringskravet gjelder for generisk bestemte ytelser som et tilleggsvilkår for rettsvern fra avtaletidspunktet.

Bakgrunnen for å kreve individualisering er at dette skiller ut gjenstanden som en bestemt ytelse. Individualisering hindrer, dersom den er rettslig bindende overfor kjøper, at den solgte gjenstanden blir sammenblandet med selgerens øvrige aktiva, og tyder således på at det er skjedd en reell eiendomsovergang. Følgelig bidrar individualiseringen til notoritet over eiendomsoverdragelsen.

I Danmark er den ulovfestede hovedregelen om løsørekjøperens rettsvern at avtalen mellom partene er nok til å sikre kjøperen separatistrett i selgerens bo.¹¹⁶ Det stilles imidlertid krav om at salgsgjenstanden er individualisert. Dermed blir spørsmålet om individualisering avgjørende for kjøperens separatistrett.¹¹⁷

6.4.2 Individualiseringskravets innhold

Individualisering er i dansk rett definert som "*...en før varens overgivelse sket klargjøring i ord eller handling af, at konkrete individuelle genstande eller varepartier er bestemt til opfyldelse af handelen*".¹¹⁸ For å oppfylle sitt formål om å skape notoritet, må individualiseringen tilfredsstillende visse krav til kontrollerbarhet. I norsk juridisk teori har det for det første blitt stilt krav om at individualiseringen er *tydelig, nøyaktig*, og

¹¹⁶ jf. von Eyben/ Vinding Kruse; Formueretten (1991) s. 97

¹¹⁷ Det samme gjelder i Sverige etter lovestingen av avtaleprinsippet ved forbruekrkjøp.

¹¹⁸ Illum v/ Carstensen (op.cit.) s. 179

heller ikke så *skjødesløs* at det lett kan oppstå sammenblanding.¹¹⁹ Individualiseringen må videre være *lojal* i forhold til andre kjøpere og selgerens fordringshavere generelt.¹²⁰ Løssørekjøperens variasjonsbredde tilsier at individualiseringskravets nærmere innhold må vurderes konkret.

Et særlig spørsmål er om individualiseringen må være rettslig bindende overfor kjøperen (sml. vilkårene for rettsvern til penger) eller om ensidig individualisering er nok. Synspunktet i teorien er at man i utgangspunktet bør godta ensidig individualisering, så lenge dette anses "normalt".¹²¹ Ved normalitetsvurderingen er tidligere praksis mellom partene relevant. I forbrukerkjøp vil det være mer naturlig å se på hva selgeren vanligvis gjør og om en eller flere kjøpere er favorisert på bekostning av andre. Det siste er et tegn på en hensikt om forfordeling av kreditorer, noe rettsvernsreglene skal motvirke.¹²²

I praksis har ikke kravene til individualisering vært særlig strenge.¹²³ Som en sammenfatning kan man si at kravet avpasses etter hva som er *praktisk* og *vanlig* i det enkelte tilfelle.¹²⁴ Praksis tyder videre på at dersom individualisering først er skjedd, kan kjøperen ha rettsvern selv om det senere skjer en viss sammenblanding med selgerens øvrige løsøre.¹²⁵

Et så lemplig praktisert individualiseringskrav ivaretar ikke de hensynene som begrunner kravet, i første rekke at kjøpet skal dreie seg om en bestemt gjenstand og at eiendomsoverdragelsen skal være notorisk til tross for at det ikke kreves overlevering.¹²⁶ De dommer hvor individualiseringskravet har vært lemplig tolket er

¹¹⁹ Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 514- 517

¹²⁰ Andenæs (op.cit.) s. 188, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 516

¹²¹ Illum v/ Carstensen (op.cit.) s. 193 flg., Andenæs (op.cit.) s. 188, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 516- 517, Lilleholt (op.cit.) s. 198, Falkanger (op.cit.) s. 512. Motsatt Augdahl (op.cit.) s. 428- 429. Voldgiftsdommen i RG 1972.53 beskriver rettstilstanden slik: "Retten antar at en ensidig individualisering, dvs en individualisering uten kjøperens medvirkning, i følge eksisterende rettskilder må anerkjennes som tilstrekkelig under forutsetning av at den er normal, lojal og klar. Muligens må det også kreves at individualiseringen har det moment av å være rettslig bindende, at selgeren enten har vært forpliktet til å foreta den eller har fraskrevet seg retten til å omgjøre den."

¹²² I prop 2001/02:134 pkt. 6 fremgår at ensidig individualisering skal være nok ved svenske forbrukerkjøp.

¹²³ jf Rt 1909.734, Rt 1912.263, Rt 1916. 1055.

¹²⁴ se f. eks. Rt. 1916.1055 (sitatet fra Underrettens dom på s. 1057).

¹²⁵ Rt 1912.263 (Jernskrap)

¹²⁶ Se pkt. 3.1.3

gamle, og bør etter min oppfatning ikke være retningsgivende for den videre tillempingen av kravet.

6.5 Oppsummering

Det logiske utgangspunktet er at avtalen mellom kjøper og selger er nok til at kjøperen får separatistrett i selgerens konkursbo. Visse hensyn, i første rekke ønsket om å begrense faren for kreditorsvik og likhetsprinippet i konkurs, gir likevel grunnlag for som hovedregel å kreve overlevering som rettsvernsvilkår. I en del tilfeller strekker imidlertid ikke begrunnelsen for å kreve overlevering til. Er salgsgjenstanden forskuddsbetalt og ligger hos selgeren i kjøperens interesse, er forskjellene fra ordinær kredittgiving så store at man ikke krever overlevering. Ved visse tilvirkningskontrakter er forskuddsbetaling en svært praktisk og hensiktsmessig form for finansiering, samtidig som faren for kreditorsvik typisk er liten. I disse tilfellene er man tilbake ved utgangspunktet om at avtalen mellom partene er tilstrekkelig til at kjøper får rettsvern mot selgerens kreditorer. For generisk bestemte ytelser kreves i tillegg at gjenstanden individualiseres.

7 Rettsvernskravet ved forbrukerkjøp

7.1 Innledning

I den juridiske teori er det i den senere tid av enkelte blitt hevdet at tradisjonsprinsippet ikke bør gjelde i tilfeller hvor forbruker har forskuddsbetalt varer fra næringsseger. Det er imidlertid ikke mye som er skrevet om temaet, og oppfatningen blant forfatterne varierer. Lilleholt og Berg synes å være mest positive.¹²⁷ Andenæs og Falkanger uttrykker på den annen side skepsis til en slik regel.¹²⁸ Det foreligger ikke (andre) vektige rettskilder som (direkte) omhandler spørsmålet om et eventuelt unntak fra overleveringskravet ved "forbrukerkjøp."

Den anførte begrunnelsen for unntak fra overleveringskravet er todelt. For det første hevdes faren for kreditorsvik å være liten i de typiske forbrukerkjøp. For det andre hevdes det at tradisjonskravets ulemper i særlig grad gjør seg gjeldende i disse tilfellene. Fra den annen side hevdes at et unntak fra overleveringskravet vil føre til økt fare for kreditorskadelige disposisjoner. Hensynet til selgerens alminnelige kreditorer og det samfunnsmessige behov for sikre finansieringsformer taler således mot en særlig rettsvernsregel for forbrukerkjøp.

I 2002 ble avtaleprinsippet lovfestet som rettsvernsregel ved forbrukerkjøp i Sverige, jf Konsumentköplag (1990:932) 49 §. I forarbeidene til bestemmelsen blir det særlig lagt vekt på forbrukerens svake stilling i forhold til øvrige kreditorer, herunder deres manglende mulighet til å sikre seg med panterett. Lovgiver regner det ikke som sannsynlig at det vil bli merkbart flere tilfeller av kreditorsvik ved innføring av avtaleprinsippet i forbrukertilfellene, i første rekke fordi forbrukerne uansett ikke har kunnskap om overleveringskravet.¹²⁹ Regelen i Konsumentköplag 49 § er et resultat av langvarige drøftelser, blant annet basert på Göransons doktoravhandling (Traditionsprincipen, 1985) og SOU 1995:11.¹³⁰

¹²⁷ Lilleholt (op.cit.) s. 194, Berg (op.cit.) s. 24

¹²⁸ Falkanger (op.cit.) s. 621- 622 og Andenæs; Konkurs 1. utg. (1993) s. 152. Andenæs nevner så vidt jeg kan se ikke forbrukertilfellene spesielt i andre utgave, men er generelt skeptisk til unntak fra rettsvernsreglene "basert på rimelighet" (s. 169).

¹²⁹ Prop 2001/02:134 pkt. 6.0. Det er ennå for tidlig å si noe om virkningene av regelen, som trådte i kraft 1. juli 2002.

¹³⁰ se også Håstad (op.cit.) s. 214

I det følgende vil jeg vurdere hvorvidt det er behov og grunnlag i norsk rett, for å oppstille et unntak fra overleveringskravet i forbrukertilfellene, og i tilfelle hvordan et slikt unntak bør utformes. Det er viktig å peke på at dersom avtalen mellom partene skal være nok til å oppnå rettsvern i forbrukertilfellene, bør dette være basert på en antagelse om at de hensyn som underbygger et overleveringskrav ikke i tilstrekkelig grad gjør seg gjeldende. De kontraktsrettslige definisjoner av forbrukerkjøp er svært vide, og det sier seg selv at de tilfeller som faller innenfor disse definisjonene ikke alltid vil gjenspeile de situasjoner hvor overleveringskravet mangler begrunnelse. Et eventuelt unntak fra overleveringskravet i forbrukertilfellene fordrer følgelig et forbrukerbegrep utformet for dette formål.

Utgangspunktet for drøftelsen tas i konklusjonen i pkt 4.4: Overleveringskravet gjelder bare så langt hensynene bak kravet rekker. Følgelig vurderes forbrukerkjøpene opp mot de hensyn som i fremstillingen foran (pkt. 3.1 og 3.2) har vært drøftet for og i mot et krav om overlevering. Vurderingen knyttes også opp mot de allerede eksisterende unntak fra overleveringskravet (pkt. 6.2 og 6.3 over).

7.2 Kan forbrukerkjøperen gis en sterkere stilling enn næringskjøperen i selgerens konkurs?

Forbrukersynspunktet har i norsk rett hittil vært forbeholdt situasjonen mellom kontraktspartene (inter partes). Formålet er at forbrukeren skal vernes mot urimelige virkninger av kontraktsfriheten.¹³¹ Skal forbrukervernet også ha direkte virkning for utenforstående tredjemenn, må man ta hensyn til disse ved utformingen av reglene. Andenæs uttrykker med denne bakgrunn skepsis til en særregel i forbrukertilfellene:

"Forbrukersynspunktet er i sitt utgangspunkt utformet med sikte på forholdet mellom avtalens parter. Konflikten mellom forbrukerkjøperen og selgerens øvrige

¹³¹ Se f.eks. forbrukerkjøpslovens (Lov om forbrukerkjøp av 21. juni 2002 nr. 34) forarbeider NOU 1993: 27 s. 128.

fordringshavere er et prioriteringsspørsmål, og det kan virke noe vilkårlig å overføre forbrukerbegrepet til denne konflikt."¹³²

Jeg er enig i at dette med tyngde taler mot å overføre det kontraktsrettslige forbrukerbegrepet til konflikten mellom to kreditorer. Hvorfor skal forbrukerkjøpere generelt ha bedre prioritet enn en næringskjøper i selgerens konkurs, på bekostning av debtors øvrige kreditorer? Et forbrukerbegrep utformet for vårt formål må imidlertid som nevnt overfor (pkt. 7.1) være basert på at de hensynene som begrunner overleveringskravet ikke i tilstrekkelig grad gjør seg gjeldende.¹³³ I så fall vil det ikke være vilkårlig å gi forbrukerkjøperen prioritet. Det avgjørende er følgelig den eventuelle særregelens utforming. Dette drøftes nedenfor under punkt 7.5.

7.3 Hva skiller kjøp av løsøre fra andre forbrukerkjøp?

Det kan synes tilfeldig å innføre en særlig rettsvernsregel for forbrukere bare ved løsørekjøp. Det virker like urimelig å bli avspist med et dividendekrav for en kjøper av et tremånederskort på bussen som for en forskuddsbetalende møbelkjøper. Det samme gjelder en forbruker som kjøper seg nytt hus til 3 millioner kroner uten å tinglyse ervervet. Bør ikke også han beskyttes?

Falkanger er skeptisk til en særregel i forbrukertilfellene "*bl.a. under henvisning til at en slik domstolsskapt regel vil bryte med de prinsipper som ellers gjelder. Det er vanskelig å forestille seg at det skal gjøres unntak fra tinglysningsprinsippene fordi selgeren er yrkesselger og kjøperen forbruker.*"¹³⁴

Etter min oppfatning er det ikke noe godt argument mot en særregel ved forbrukeres kjøp av løsøre at det ikke kan tenkes tilsvarende særregler ved andre typer kjøp. Det er stor forskjell på salg av løsøre og salg av fast eiendom. Tinglysningsregelen er i

¹³² Andenæs (op.cit.) s. 152. Andenæs nevner så vidt jeg kan se ikke forbrukertilfellene spesielt i bokens andre utgave (1999), men er generelt skeptisk til unntak fra rettsvernsreglene basert på "rimelighet" (s. 169).

¹³³ I motsetning til de svenske lovforarbeidene, vil jeg av denne grunn ikke legge særlig vekt på betraktninger som at overleveringskravet tilgodeser profesjonelle kredittgivere som sikrer seg ved panterett, og heller ikke at det ved forbrukerkjøp ikke foreligger noen "affärsrisiko" som kan begrunne kjøperens usikre stilling, sml. Prop 2001/02:134 pkt.6.

¹³⁴ Falkanger (op.cit.) s. 621- 622. I denne sammenheng bør det også nevnes at det har vært vurdert unntak fra tinglysningskravet, jf Falkanger i Festskrift til Bratholm s. 485 flg.

motsetning til overleveringskravet lovfestet. Videre vet de fleste at et kjøp av fast eiendom må tinglyses. Dessuten har man ved kjøp av løsøre allerede godtatt at rettsvernstidspunktet varierer med hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende. Det er neppe aktuelt med et unntak fra tinglysningsregelen tilsvarende interesselæren for løsørekjøp selv om eiendomskjøpet mangler kredittmoment. Og mens løsørekjøp normalt dreier seg om mange, små og raske transaksjoner, hvor kjøperen ikke nødvendigvis tenker seg så nøye om før han handler, er kjøp av fast eiendom noe man bare gjør et fåtall ganger i løpet av livet, og som nær sagt alle tar alvorlig. Samlet gir disse forhold grunnlag for å behandle forbrukeres kjøp av løsøre og kjøp av fast eiendom forskjellig.

Salg av tjenester skiller seg fra salg av løsøre ved at selgerens ytelse ikke eksisterer på avtaletidspunktet, jf pkt. 1.3 foran. Situasjonen er altså en helt annen enn ved salg av løsøre, og behandles ikke her.¹³⁵ Det utelukkes dermed ikke at det er behov for en særlig rettsvernsregel ved forbrukerkjøp av tjenester.

7.4 Forbrukerkjøperens behov for vern fra avtaletidspunktet

7.4.1 Innledning

Hvor stort forbrukerkjøperens behov for vern fra avtaletidspunktet er, vil blant annet avhenge av forbrukerens kunnskap om rettsvernsreglene, hvor utbredt forskuddsbetaling er og i hvilken grad forbrukerkjøperen i tilfeller hvor betaling er erlagt, lider tap som følge av at boet ikke trer inn i avtalen. Dette drøftes i det følgende.

7.4.2 Hvor godt beskyttet er kjøperen av eksisterende regler?

I en del tilfeller vil forbrukeren ha rettsvern fra avtaletidspunktet fordi det aktuelle tilfellet dekkes av interesselæren, jf pkt. 6.2. Interesselæren vil for eksempel gi forbrukeren vern dersom den manglende overlevering skyldes at forbrukeren ikke hadde plass nok i bilen til å få med seg salgsgjenstanden hjem. Læren gir imidlertid ikke

¹³⁵ Ved salg av tjenester finnes enkelte særordninger som tilgodeser forbrukeren i den næringsdrivendes konkurs. Pakkereiseloven inneholder ufravikelige regler om et reisegarantifond, som sikrer at forbrukeren ikke blir påført tap ved reisearrangørens konkurs, jf Lov om pakkereiser av 25. august 1995 nr. 57 kap.11.

forbrukeren vern dersom årsaken til at gjenstanden befinner seg hos selgeren er at det dreier seg om en sesongvare som selgeren ikke har på lager, eller fordi det dreier seg om en bestillingsvare.

Unntaket for ”større” tilvirkningskjøp, jf. pkt. 6.3, er ikke like praktisk for forbrukere. Med unntak for oppføring av bolig, hvor det foreligger særlige regler om forskuddsbetaling i bustadoppføringsloven, vil forbrukertilvirkningskjøp som regel dreie seg om mindre størrelser, som altså ikke omfattes av særregelen.¹³⁶ Det kan følgelig være behov for et unntak fra overleveringskravet ved mindre tilvirkningskjøp i forbrukertilfellene.

7.4.3 Hvor praktisk er det at forbrukere betaler før levering?

Det er vanskelig å gi noe presist svar på hvor ofte forbrukere betaler en vare før levering. Omfanget av forskuddsbetaling vil sannsynligvis variere fra område til område. En undersøkelse foretatt av den svenske "Utredningen om konsumenträttsliga frågor" blant en rekke bransje- og interesseorganisasjoner (heretter: Den svenske undersøkelsen) bekrefter dette for Sveriges vedkommende.¹³⁷ Det er grunn til å tro at forholdene er omtrent de samme i Norge. Størst betydning har forskuddsbetaling følgelig når det gjelder sesongvarer, for eksempel båter, snøscootere, pelser o.l. Ofte dreier det seg følgelig om varer som er ganske verdifulle for kjøper. Når det gjelder bestillingsvarer er det vanlig at forbrukeren må betale hele eller deler av kjøpesummen før levering, i form av et depositum. Dette gjelder for eksempel hvitevarer, hvor jeg fra en av elektrokjedene har fått opplyst at standarden er 10% forskudd ved bestilling.

7.4.4 Forbrukerkjøperes tap som følge av overleveringskravet

Forbrukerens faktiske tap som følge av overleveringskravet avhenger ikke bare av hyppigheten av forskuddsbetaling (som ikke er beskyttet etter de gjeldende regler), men også av antallet konkurser og konkursboenes praksis.

Reisegarantiordningen er mulig først og fremst fordi kjøp av pakkereiser er et så veldefinert rettsforhold. Ordningen er av samme grunn lite egnet til å overføres til forbrukerkjøp av løsøre.

¹³⁶ Lov om avtaler med forbruker om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni 1997 nr. 43 § 47.

¹³⁷ SOU 1995:11 bilag 3 del D Sakrättslig skydd, s. 269

Med det store antallet konkurser i dag, kan tilfeller hvor forbrukere lider tap som følge av overleveringskravet ikke være sjeldne. Det foreligger imidlertid lite kjent praksis om overleveringskravet ved løsørekjøp. Hva kan dette skyldes?

Praktisk viktig er varelagerpanthavers rett, som etter pantel. § 3-7 går foran både kjøperens og konkursboets, dersom gjenstanden ikke er overlevert.¹³⁸ Omfattes gjenstanden av et varelagerpant, unngås dermed konflikter med kjøper. Min undersøkelse blant bostyrere i Oslo bekrefter at næringssejleres varelagre i de fleste tilfeller er pantsatt.

Overleveringskravet i panteloven § 3-7 bør imidlertid ikke hindre gjennomføring av avtaleprinsippet på forbrukerkjøpenes område dersom en slik regel er ønskelig. Likevel bør tidspunktet for løsørekjøperens rettsvern være det samme i forhold til underpanthavere i selgerens varelager som i forhold til selgerens øvrige kreditorer.

Både rettspraksis og juridisk teori har lagt til grunn at regelen i panteloven § 3-7 må føye seg etter reglene om kjøperens separatistrett i forhold til selgerens øvrige kreditorer.¹³⁹ Flekkmassedommen (voldgift) publisert i RG 1972.53 gjaldt ikke pantel. § 3-7, men dens forgjenger forlagspanteloven § 4, som etter sin ordlyd krevde "avhending". Retten la uttrykkelig vekt på *"den vesentlige retts tekniske fordel at kjøperens stilling vil bli ensartet bedømt i relasjon til så vel forlagspanthaver som de øvrige kreditorer."* Etter å ha gjennomgått gjeldende rett angående løsørekjøperens rettsvern, konkluderte retten med at kjøperen av flekkmasse har rettsvern uten overlevering for den individualiserte del av massen. Andenæs peker på at *"...panthaveren allerede i kraft av panteretten har fått en privilegert stilling, og her [ved fortrinnet foran forskuddsbetalende kjøper] blir gitt et ytterligere privilegium. Sistnevnte privilegium er ikke i samsvar med alminnelige rettsgrunnsetninger."*¹⁴⁰

¹³⁸ Berg (op.cit.) s. 8

¹³⁹ Se for eksempel RG 1995.39 (Eidsivating).

¹⁴⁰ Andenæs (1999) s. 189. Se også Lilleholt (op.cit.) s. 195 og Skoghøy (op.cit.) s. 265-266. Om likhetsprinsippet, se pkt. 3.1.4 over.

En gjennomføring av avtaleprinsippet bør altså få virkning også overfor underpanthavere i løsøre, under forutsetning av at selgeren har rett til å avhende varen som ledd i sin "vanlige næringsvirksomhet" etter panteloven § 3-13 (1).

Panthaveren vil være mer utsatt ved en slik ordning enn det konkursboet er. Dette skyldes at panthaveren alltid vil tape på ordningen ved at eiendeler blir unndratt fra pantet, mens konkursboet bare taper i de tilfeller boet kan få mer ved salg til en annen enn den opprinnelige kjøper. Jo mindre kjøperen har betalt på konkursåpningstidspunktet jo større blir panthaverens tap i forhold til konkursboets.

Mot å gi kjøperen vern fra avtaletidspunktet i forhold til panthavere taler også hensynet til hensiktsmessig sikkerhetsstillelse og finansiering som ordningen med underpantsettelse i næringsvirksomhet skal tjene. Dersom forbrukerkjøperen får rettsvern fra avtaletidspunktet, vil dette svekke panthaverens stilling. Dette kan igjen føre til at det blir vanskeligere å få lån. Panthaverens interesser og samfunnets interesse i å tilby sikre finansieringsordninger må således avveies mot forbrukerkjøperens interesser. Ved avveiningen må det tas hensyn til at ved en særregel for forbrukerkjøp vil tapet for panthaveren normalt bli lite fordi det regelmessig vil dreie seg om små verdier. En kan spørre seg om panthaveren er så beskyttelsesverdig i en slik situasjon, i og med selgeren i alle tilfeller har rett til å selge sin varebeholdning innenfor rammen av sin "vanlige næringsvirksomhet", jf panteloven § 3-13 (1). Panthaveren har dermed normalt liten kontroll over verdien av sin panterett.

Også i forhold til underpanthavere i selgerens varelager er ulempen ved avtaleprinsippet først og fremst at faren for kreditorsvik øker. Særregelen for forbrukerkjøp bør dermed avgrenses til å gjelde kun i de tilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten. Dette behandles nedenfor i pkt. 7.5.

Blant annet Andenæs og Brækhus har hevdet at grunnen til at det finnes så lite rettspraksis om rettsvernskravet ved løsørekjøp, er at boet i praksis trer inn i avtalen med kjøperen, med krav om betaling av resten av kjøpesummen eller eventuelt en ekstrasum.¹⁴¹ Er dette tilfelle, innebærer ikke tradisjonskravet noe tap for forbrukeren. Årsaken til at boene eventuelt velger å oppfylle kjøpet er at kreditorfellesskapet i de

fleste tilfeller er tjent med det, ettersom salgsprisen ved konkursrealisasjon ligger godt under vanlig markedspris.

For å kartlegge i hvilken utstrekning konkursboer velger å utlevere salgsgjenstanden selv om forbrukeren ikke har krav på det, spurte jeg utvalget av bobestyrere om deres praksis i saker hvor kjøperen har betalt, men ikke fått varen overlevert før konkursåpningen. Få bobestyrere hadde behandlet saker hvor problemstillingen kom på spissen, men blant dem som hadde gjort det varierte svarene i overraskende stor grad. Gjennomgangstonen var imidlertid at "boet gjør som det vil". Er boet best tjent med ikke å oppfylle avtalen, har ikke kjøperen noe han skal ha sagt.

En advokat fortalte meg om en sak han hadde hatt som gjaldt salg av kommoder. Selgeren hadde annonsert kommodene til en gunstig pris. Pågangen av kjøpere var svært stor, og til slutt var lageret tomt. Interesserte kjøpere kunne imidlertid mot en viss forskuddsbetaling skrive seg på en liste, og selgeren bestilte ny forsyning kommoder fra sin leverandør. Etter at kommodene hadde kommet inn på selgerens lager, men før kjøperne fikk kommodene utlevert gikk imidlertid selgeren konkurs. Kjøperne gjorde nå krav på kommodene, mot å erlegge det resterende av kjøpesummen. Årsaken til at kommodene ikke var overlevert var at selgeren hadde tømt sitt lager. Den manglende overlevering var således ikke i kjøpernes interesse. Tvert imot forelå det et klart kredittmoment ved diposisjonen. Kjøperne hadde følgelig ikke noe rettskrav på å få kommodene utlevert. Konkursboet valgte med denne bakgrunn ikke å tre inn i avtalene med forbrukerne.

En annen sak gjaldt bestilling av hvitevarer, hvor forbrukeren hadde betalt 10% av kjøpesummen på forskudd da selgeren gikk konkurs. I dette tilfellet valgte imidlertid boet å oppfylle avtalen med forbrukeren, mot forbrukerens betaling av den resterende kjøpesum.

Eksempelene illustrerer at boenes praksis varierer, og at forbrukerne i stor grad er prisgitt konkursboets vurdering av om inntreden vil være lønnsomt for boet. Sett fra forbrukerens side virker det temmelig vilkårlig om boet trer inn eller ikke. Hypotesen

¹⁴¹ Andenæs; Konkurs (2. utg. 1999) s. 182, Brækhus/Hærem (op.cit.) s. 503

om at den manglende praksis om rettsvernkravet skyldes at boet oppfyller avtalene, er i alle fall i en del tilfeller misvisende.

En tredje mulig årsak til den manglende praksis om overleveringskravet er at verdien av den uoppfylte avtalen er mindre enn den summen en tvist om utlevering vil føre med seg. Dette bekreftes av noen av de spurte bostyrerne. En beskriver sin praksis slik:

"Jeg legger avgjørende vekt på om eiendomsretten er gått over, og det bare beror på kjøper om gjenstanden ikke er hentet. Med mindre det er åpenbart at boet vil tjene mer på å selge gjenstanden til andre, vil en som regel utlevere mot at restbeløpet betales. I marginale tilfeller kan en akseptere mindre gunstige løsninger for boet, siden en derved sparer boet for kostnadskrevende videre saksbehandling i forbindelse med tvist".

Det finnes selvsagt andre mulige forklaringer på hvorfor det ikke foreligger mer praksis om rettsvernkravet. En medvirkende årsak er trolig den prosessbelastning en rettssak fører med seg for forbrukeren. En bobestyrer pekte også på at ikke alle saker kommer til bobestyrernes kunnskap, men "ordnes" før konkursboet kommer på banen. Den konkurstruede bedriften har ofte større lojalitet til sine kunder enn til sine kreditorer. Dessuten kan det være lurt å spare goodwill i tilfelle det kan bli aktuelt å handle med de samme kundene ved senere anledninger.

7.4.5 Forbrukerkjøperes manglende kunnskap om overleveringskravet

Rettssystemet føler normalt ikke medlidenhet med manglende kunnskap om de regler som gjelder. Særlige hensyn gjør seg imidlertid gjeldende når det dreier seg om forbrukere. Forbrukere er en svak gruppe aktører på markedet, og har ofte liten kunnskap om de regler som gjelder. Derfor vil de fleste forbrukere stole på den løsningen selgeren anbefaler, og det kan være helt tilfeldig om forbrukerkjøperen tar med seg varene før eller etter at han har betalt.

Den svenske undersøkelsen viser at forbrukere har liten eller ingen kunnskap om overleveringskravet.¹⁴² Dette til tross for at man i Sverige har et strengt tradisjonsprinsipp, uten unntak for eksempel tilsvarende interesselæren. Det er i utgangspunktet liten grunn til å anta at kunnskapen om overleveringskravet er større blant norske forbrukere, til tross for at både Forbrukerrådet og de forskjellige forbrukerhjelpprogrammer og -spalter advarer mot forskuddsbetaling.

Selv om en del forbrukerkjøpere skulle være klar over at man ikke har separatistrett i selgerens konkurs uten overlevering, skjer slike kjøp så ofte og så fort at man ikke tenker over de konsekvenser regelen kan medføre. Dette taler for at overleveringskravet ikke bør gjelde ved (en del) forbrukerkjøp av løsøre.

Forbrukerkjøperes manglende kunnskap om overleveringskravet kan også hevdes å begrense konsekvensene for selgernes kreditorer av et mulig unntak fra kravet. Forbrukerne går allerede i dag ut fra at de er vernet fra avtaletidspunktet, i hvert fall når varen er betalt.¹⁴³ Bostyrerne i min undersøkelse var bl.a. med denne bakgrunn enige om at et unntak fra overleveringskravet i forbrukertilfellene neppe ville få særlige konsekvenser for selgernes kreditorer.¹⁴⁴

7.4.6 Oppsummering

I en del bransjer er det vanlig å kreve hel eller delvis forskuddsbetaling fra kjøperen før gjenstanden overleveres. Forbrukere er generelt sett ikke kjent med at betaling før levering fører til at de mister retten til å få salgsgjenstanden utlevert dersom selgeren går konkurs. I mange tilfeller påføres kjøperen derfor tap. De gjeldende unntak fra overleveringskravet kan føre til at forbrukeren likevel er vernet.¹⁴⁵ Hvilke tilfeller dette gjelder kan imidlertid være tilfeldig sett fra forbrukerens side. Det kan således konkluderes med at det er behov for et unntak fra overleveringskravet i visse tilfeller

¹⁴² Argumentet var tungtveiende ved lovfestingen av avtaleprinsippet i Sverige, jf Prop 2001/02:134 pkt. 6.0.

¹⁴³ I de svenske forarbeidene (prop 2001/02:134) legges det til grunn at forbrukernes kunnskap neppe kann bedres ved mer informasjon om overleveringskravet, se pkt. 6.

¹⁴⁴ se likevel SOU 1995:11 s. 152.

¹⁴⁵ Dette skiller rettstilstanden i Norge fra den i Sverige før lovfestingen av avtaleprinsippet ved forbrukerkjøp der.

hvor forbrukere er involvert. For at en slik regel skal ha den ønskelige effekt, må imidlertid også reglene om når varer går ut av selgerens varelagerpant endres.

7.5 Hvordan bør en eventuell særregel i forbrukertilfellene utformes?

7.5.1 Innledning

Høyesteretts avgjørelser i Momentum og Dorian Grey viser at spørsmålet om kjøperen har oppnådd rettsvern for sin ytelse ikke bør avgjøres konkret.¹⁴⁶ Jeg har ovenfor argumentert for at avgjørelsene ikke kan tillegges like stor vekt i forhold til tradisjonskravet ved løsørekjøp som ellers.¹⁴⁷ Det gjeldende overleveringskravet er ikke absolutt. Særlig unntaket for tilvirkningskjøp viser at det anlegges en pragmatisk holdning til rettsvernsreglene hvis det er behov for det. Når man har åpnet for praktiske løsninger i et tilfelle skal det trolig mindre til for å gjøre det samme i andre. Dette taler for at man til en viss grad kan legge vekt på konkrete vurderinger ved avgjørelsen av om et tilfelle skal omfattes av en eventuell særregel.

I motsatt retning taler hensynet til praktisk håndhevbare og enkle løsninger som tradisjonelt er sterkt vektlagt i norsk tingsrett. Med denne bakgrunn blir det nødvendig å finne en norm som skiller de tilfellene hvor de reelle hensyn bak overleveringskravet ikke begrunner et krav om overlevering fra de øvrige. Det kreves således en forbrukerdefinisjon for vårt formål.

7.5.2 I hvilke tilfeller begrunner de reelle hensyn unntak fra overleveringskravet ved forbrukerkjøp?

Hovedbegrunnelsen for en eventuell særregel i forbrukertilfellene er at faren for kreditorsvik er liten. Hensynet til selgerens kreditorer og til hensiktsmessige finansieringsordninger taler for minimalisering av kreditorenes tapsrisiko. En eventuell særregel bør følgelig bare få anvendelse på de tilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten. I tillegg bør det tas hensyn til hvor stort tap kreditorene blir påført hvis selger og kjøper går sammen om å gjennomføre en kreditorskadelig handling.

¹⁴⁶ Rt. 1997.1050 og Rt.1998.268

¹⁴⁷ pkt. 6.1

Faren for kreditorsvik er liten i forbrukertilfellene først og fremst fordi det enkelte salg som oftest er av begrenset verdi. Skal hensikten om unndragelse av eiendeler fra kreditorenes beslag oppfylles i et omfang som har økonomisk betydning, må en rekke små, fiktive transaksjoner gjennomføres. Videre er det ved typiske forbrukerkjøp mindre sannsynlig at partene går sammen om å gjennomføre svikaktige disposisjoner på bekostning av selgerens kreditorer enn ved typiske næringskjøp, fordi kjøper og selger normalt ikke kjenner hverandre. Enn videre har forbrukeren normalt ikke noe annet krav på selgeren enn kravet på salgsgjenstanden. Følgelig er faren for at transaksjonen reelt sett er en sikkerhetsstillelse minimal.

Det typiske eksempel på et forbrukerkjøp er salg av dagligvarer over disk eller i selvbetjeningsbutikker. Forbrukerkjøp er imidlertid ikke ensartede. Ved salg av for eksempel cabin-cruisere fra yrkesselger til privatperson, vil hvert enkelt salg kunne ha en verdi på flere millioner kroner, og en enkelt villig medvirker er nok til å unndra store beløp fra kreditorfellesskapet.

På den annen side kan en del næringskjøp oppfylle kravene til liten verdi og ukjente parter. En kan følgelig argumentere med at grensen mellom forbrukere og næringsdrivende ikke gir en brukbar avgrensning av de tilfellene hvor faren for kreditorsvik tilsier et krav om overlevering. Jeg vil likevel fastholde at næringsdrivende forventes å sette seg inn i de aktuelle regler som gjelder, og at dette skiller dem fra forbrukerne.¹⁴⁸

Et annet spørsmål er om et eventuelt unntak fra overleveringskravet også bør gjelde ved salg mellom forbrukere. Avgjørende bør i tråd med konklusjonene ovenfor være om faren for kreditorsvik er liten i disse tilfellene. Kjøp av løsøre mellom forbrukere dreier seg vel i hovedsak om små verdier, selv om man kan tenke seg unntak, for eksempel ved salg av bruktbiler. Imidlertid skjer denne type salg ofte mellom parter som kjenner hverandre. Dette taler for å kreve overlevering. Videre kjennetegnes salg mellom forbrukere av svak notoritet over disposisjonen, noe som også taler for å kreve overlevering. Som regel har man verken kontrakter eller kvitteringer å holde seg til.

¹⁴⁸ jf pkt. 3.2.3 og 7.2

Dessuten er behovet for kreditorvern fra avtaletidspunktet lite ved kjøp mellom forbrukere - det er ikke så vanlig at privatpersoner går konkurs. Samlet taler de beste grunner etter mitt syn for å kreve overlevering ved salg av løsøre mellom forbrukere. Slike salg bør dermed ikke omfattes av et eventuelt unntak fra overleveringskravet.

Etter dette kan man fastslå at faren for kreditorsvik tilsier at overleveringskravet bør gjelde mellom private og i større forbrukerkjøp fra næringsselger. I mindre forbrukerkjøp er det imidlertid grunn til å vurdere et unntak fra overleveringskravet.

7.5.3 Den nærmere utforming

"Mindre forbrukerkjøp" er et upresist avgrenskningskriterium. Et spørsmål er om vurderingen skal være relativ, slik at kjøpets verdi må være liten i forhold til verdien i det enkelte bo, eller om særregelen skal gjelde for alle kjøp under en bestemt sum. Hensynet til retts teknisk håndhevbare løsninger taler for det sistnevnte alternativ.

Et annet spørsmål er hvor grensen for mindre forbrukerkjøp skal gå og hvordan denne grensen skal fastlegges. Dette drøftes av plasshensyn ikke her. Det påpekes likevel at grensen mellom "større" og "mindre" forbrukerkjøp, uansett hvor den går, vil virke tilfeldig og urimelig for den som blir påført tap som følge av at hans tilfelle ikke omfattes av særregelen.

Et tredje spørsmål er om man skal vurdere hvert enkelt kjøp for seg, eller om man også skal ta i betraktning den totale verdien av varer som er kjøpt og betalt, men befinner seg hos selgeren på konkursåpningstidspunktet. Selv om det enkelte varekjøp er av liten verdi, kan hele selgerens varebeholdning være solgt og betalt på forskudd, for eksempel der det dreier seg om en sesongvare som pels. I et slikt tilfelle taler hensynet til kreditorene for å kreve overlevering, og det kan hevdes at tilfellene derfor ikke bør omfattes av en eventuell særregel for "mindre forbrukerkjøp". Tar man den samlede verdi i betraktning ivaretas følgelig hensynet til kreditorene. For kjøperne blir det imidlertid helt tilfeldig når unntaket fra overleveringskravet gjelder. Ettersom forskuddsbetaling i stor grad skjer i typetilfeller og det således ofte vil være flere kjøpere som har betalt før levering, vil særregelen for "mindre forbrukerkjøp" bli nokså

illusorisk dersom det ikke er det enkelte kjøp som skal være utgangspunkt for vurderingen.

En konkret vurdering av om et tilfelle kan regnes som et "mindre forbrukerkjøp" strider mot det grunnleggende prinsipp om at rettsvernsregler er absolutte. Det kan selvsagt hevdes at et unntak for "mindre forbrukerkjøp" er like egnet som unntaket for "større tilvirkningskjøp". Dette taler imidlertid, utgangspunktet om absolutte rettsvernsregler tatt i betraktning, snarere *mot* unntaket for tilvirkningskjøpene enn *for* et unntak for forbrukerkjøp.

Et alternativ til å begrense unntaket fra overleveringskravet til å gjelde "mindre forbrukerkjøp" kan være å la unntaket gjelde ved kjøp av bestemte vareslag. På den måten kan man begrense særregelen til å gjelde de tilfeller hvor forbrukere typisk lider tap, og hvor det er liten fare for kreditorsvik. Problemet med å la vareslaget avgjøre hvilket rettsvernskrav som gjelder er først og fremst at opplistingen vil måtte bli noe tilfeldig i forhold til de hensyn som begrunner unntaket. Man må således gå ut fra at det utenfor de utvalgte områdene vil falle en hel del tilfeller hvor forbrukerne vil lide tap på grunn av overleveringskravet. For kjøpere av de ikke- opplistede varer vil det fremstå som urettferdig og uforklarlig at det gjelder strengere regler for deres kjøp enn for andre.¹⁴⁹

Usikkerhet om en eventuelt særregels *anvendelse* kan oppstå i forholdet ABC, hvor A og B er næringsdrivende, mens C er forbruker. Dersom C har betalt til B som bestiller og betaler varen hos A, og A går konkurs, blir spørsmålet om forbrukeren C i følge særregelen skal få rettsvern til yteslen til tross for at B er næringsdrivende, og således ikke har rettsvern før overlevering. Problemet ligner det skissert i punkt 3.2.1, men vil vel være mer praktisk.

Lignende problemer kan oppstå dersom B går konkurs og ennå ikke har fått varen på lager. A har stansningsrett etter alminnelige regler, og B har dermed ikke krav på varen. I samsvar med alminnelige tingsrettslige regler kan B ikke overføre større rett enn han

¹⁴⁹ Med denne bakgrunn anså den svenske utredningen om konsumentkjøp at et unntak fra overleveringskravet burde gjelde generelt for alle forbrukerkjøp, og ikke bare for visse vareslag, se SOU 1995:11 s. 149.

selv har. C kan således ikke kreve varen utlevert, til tross for at han har betalt. Dette begrenser betydningen av en særlig rettsvernsregel i forbrukertilfellene.

Drøftelsene ovenfor viser at de reelle hensyn ikke gir anvisning på noen klar løsning for hvordan et unntak fra overleveringskravet i forbrukertilfellene bør utformes, og at en eventuell særregel vil medføre avgrensingsproblemer i de tilfeller særregelen får praktisk betydning.

7.5.4 Bør individualisering kreves?

For å begrunne et krav om separatistrett i selgerens konkurs, kan det hevdes at forbrukerkjøperens krav i det minste bør rette seg mot en bestemt ytelse, jf pkt. 3.1.3 over. I en del tilfeller medfører dette et krav om individualisering av salgsgjenstanden, jf. pkt. 6.4.

Sett fra kjøperens synspunkt vil individualiseringskravet til en viss grad føre til tilfeldige og urimelige resultater. I eksempelet i pkt. 7.4.4 ovenfor ville sannsynligvis ikke kjøperne av kommoder fått separatistrett til kommodene, fordi de ikke var individualisert ved konkursåpningen.

Skillet mellom bestemte og ubestemte krav er imidlertid grunnleggende for kjøperens prioriterte stilling fremfor selgerens alminnelige kreditorer. Jeg har ovenfor lagt til grunn at unntaket fra overleveringskravet bare bør omfatte tilfeller hvor hensynene som begrunner kravet ikke gjør seg gjeldende. Med dette følger et krav om individualisering også ved forbrukerkjøp hvor faren for kreditorsvik er liten.¹⁵⁰

7.6 Oppsummering

Et unntak fra overleveringskravet bør baseres på en antakelse om at de reelle hensyn bak overleveringskravet ikke i tilstrekkelig grad gjør seg gjeldende. Det kontraktsrettslige forbrukerbegrepet er ikke utformet med tanke på forholdet til tredjemenn, og passer ikke som avgrenskningskriterium i denne sammenheng. Det er av

¹⁵⁰ Individualisering kreves også i Sverige etter Konsumentköplagen 49 §. I forarbeidene legges det til grunn at ensidig individualisering skal være nok, jf. Prop 2001/02:134 pkt. 6.0.

hensyn til retts teknisk håndhevbare og forutberegnelige løsninger heller ikke ønskelig med en konkret vurdering av om de reelle hensyn i det enkelte tilfelle tilsier et krav om overlevering. En norm som omfatter kun tilfeller hvor reelle hensyn ikke tilsier et krav om overlevering er imidlertid vanskelig å utforme, og vil til en viss grad medføre tilfeldige resultater.

8 Konklusjon

Gjennomgangen av hensyn for og mot et krav om overlevering og de rettskilder som finnes vedrørende forskuddsbetalende kjøpers stilling generelt (kap. 2- 6), får fram hvilke faktorer som er relevante ved vurderingen av forbrukerkjøperens stilling ved selgerens konkurs, og hvordan disse faktorene bør vektlegges. Det dreier seg i første rekke om hensynet til å unngå kreditorsvik, samt hensynet til likestilling mellom kreditorene ved konkurs. I tillegg har hensynet til retts teknisk håndhevbare og forutberegnelige regler en sentral rolle.

Med det utgangspunkt at overleveringskravet bare bør gjelde så langt de relevante hensyn tilsier det, anvendes i kapittel sju de nevnte faktorer på forbrukertilfellene. Ettersom overleveringskravet særlig ved forbrukerkjøp kan føre til tilfeldige og urimelige resultater, foreligger i disse tilfellene et behov for unntak fra overleveringskravet. Utformingen av en eventuell særregel er imidlertid vanskelig. En regel som gir forbrukerne vern fra avtaletidspunktet i de tilfeller hvor faren for kreditorsvik er liten, vil lett stride mot hensynet til forutberegnelige og retts teknisk håndhevbare løsninger, og omvendt.

Gjennomgangen av de relevante faktorer på forbrukertilfellene viser følgelig at rettsvernsreglene ikke er egnet til å ivareta forbrukervernhensyn. Årsaken til at forbrukere i en del tilfeller er beskyttet av særregler, er i hovedsak deres svake stilling *som kontraktspart*, og det er således mer nærliggende å innta særregler til vern av forbrukere i avtale- eller kontraktsretten enn i rettsvernsreglene. En annen løsning kunne være å etablere et slags erstatningsfond, hvor forbrukere kunne søke om tilskudd ved særlig urimelige utslag av overleveringskravet. Det er også grunn til å tro at forbrukeres tap som følge av overleveringskravet vil kunne reduseres ved å øke kunnskapen om faren ved betaling før overlevering.¹⁵¹

Konklusjonen er at det ikke er grunnlag for en særlig rettsvernsregel ved forbrukeres kjøp av løsøre. Dette medfører som hovedregel et krav om overlevering i samsvar med de regler som er oppstilt ovenfor i kapittel fire til seks.

¹⁵¹ I motsatt retning Prop 2001/02:134 pkt. 6.0.

Litteraturliste

- Andenæs, Mads Henry; *Konkurs*, 1.utg 1993
- Andenæs, Mads Henry; *Konkurs*, 2. utg 1999
- Augdahl, Per; *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, 4.utgave 1972
- Augdahl, Per; *Forelesninger over Konkurs*, ved Erik Willoch, JV 1945.
- Berg, Borgar i Jussens Venner hefte 1 1999; *Rettsvern for lausøyrekjøp – avtale eller overlevering (tradisjon) ?*
- Bergem, John Egil og Stein Rognlien; *Kommentar til kjøpsloven* 2. utg., 1995
- Brækhus, Sjur og Aksel Hærem; *Norsk Tingsrett*, 1964
- Brækhus, Sjur; *Omsetning og kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, 2.utg. 1995
- Brækhus, Sjur; *Omsetning og kreditt 3 og 4; Omsetningskollisjoner*, Oslo 1998
- von Eyben, W.E. og Vinding Kruse; *Formueretten*, København 1951
- Falkanger, Thor; *Tingsrett*, 5.utgave 2000
- Falkanger, Thor i Festskrift til Bratholm 1990
- Gjelsvik, Nikolaus M.; *Norsk Tingsrett*, 3.utgave ved Erik Solem, 1936
- Göranson, Ulf; *Traditionsprincipen*, Uppsala 1985
- Håstad, Torgny; *Sakrätt avseende lös ägendom*, Stockholm 1996
- Illum, Knud v/ Vagn Carstensen; *Dansk tingsrett*, København 1976
- Illum, Knud; *Dansk Tingsret, 1. del*, Kjøbenhavn 1952
- Knoph; *Oversikt over Norges Rett*, 3. utg. ved Grette, 1949
- Knoph; *Oversikt over Norges Rett*, 11.utg. ved Lilleholt 1998
- Krüger, Kai; *Norsk Kjøpsrett*, 3.reviderte utg., 1991
- Kaasen, Knut; *Kommentar til NF 92*, 1994
- Lilleholt, Kåre; *Godtruerverv og kreditorvern*, 1999
- Lilleholt, Kåre; *Reelle hensyn i formueretten*, JV 2000 s. 49- 60
- Lindebrække, Sjur; *Eiendomsrett og konkursbeslag*, 1946
- Ross, Alf; *Ejendomsrett og Ejendomsovergang*, København 1935
- Sandvik, Tore; *Eiendomsovergang og kreditorbeslag ved tilvirkningskontrakter*, TfR 1968 s. 445 flg.
- Scheel, Herman; *Forelæsninger over Formueretten*, 1912
- Scheel, Herman; *Forelæsninger over norsk Tingsret*, 1912,
- Skoghøy, Jens Edvin A.; *Panteloven med kommentarer*, 1995

Svoren, Rune; *Avtaler om overføring av "eiendomsrett" til bestiller forut for levering-
særlig om "tilvirkningskontrakter" ved leverandørens konkurs* i Lars Arentz-
Hansen/Even Wahr-Hansen/Einar Harboe (red.): *Næringslivsjus- aktuelle
problemstillinger*, Oslo 1991.

Süss, Th; *Das Traditionsprinzip*, Tübingen 1952

Vinding Kruse, Frederik, *Ejendomsretten*, 3.bind ved von Eyben, København 1951

Ørsted, Anders Sandøe; *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed* BindIV,
Kjøbenhavn 1831,

Kilder

Rettspraksis

Norsk Rettstidende

Rt. 1878.412

Rt. 1909.734 (Tømmersalgdommen)

Rt. 1910.231 (Kudommen)

Rt. 1912.263 (Jernskrapdommen)

Rt. 1916.1055

Rt. 1988.1327 (Rekstens konkursbo)

Rt. 1994.1447

Rt. 1997.1050 (Momentum)

Rt. 1997.1438 (Metos)

Rt. 1998.268 (Dorian Grey)

Rettens Gang

RG 1957.577 (Frostating)

RG 1963.492 (Eidsivating)

RG 1972.53 (Flekkmassedommen, Voldgift)

RG 1995.39 (Eidsivating)

Nordiske domme i sjøfartsanliggender

ND 1982.264 Bodø Namsrett (Bomek.)

Upubliserte dommer

1958 28. august, Bergen byrett

Lover

Norsk lov

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov av 22. mai nr. 10
- 1916 Lov om kommisjon av 30. juni nr.1
- 1935 Lov om tinglysning av 7. juni nr. 2
- 1978 Lov om godtroerverv av løsøre av 2. juni nr. 37
- 1980 Lov om pant av 8. februar nr. 2
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs av 8. juni nr. 58
- 1984 Lov om fordringshaveres dekningsrett av 8. juni nr. 59
- 1985 Lov om Verdipapirsentral av 14. juni nr. 62
- 1987 Lov om norsk internasjonalt skipsregister av 12. juni nr. 48
- 1988 Lov om kjøp av 13. mai nr. 27
- 1993 Lov om luftfart av 11. juni nr. 101
- 1994 Lov om sjøfarten av 24. juni nr. 39
- 1995 Lov om pakkereiser av 25. august nr. 57
- 1997 Lov om avtaler med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. av 13. juni nr.43
- 2002 Lov om forbrukerkjøp av 21. juni nr. 34

Svensk lov

- 1845 Lag (1845:50) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård
- 1990 Konsumentköplag (1990:932)
- 2002 Lag (2002:587) om ändring i konsumentköplagen

Forarbeider

Norske forarbeider

NOU 1972:20 Gjedsforhandling og konkurs

NOU 1993:27 Forbrukerkjøpslov

Svenske forarbeider

SOU 1995:11 Nya konsumentregler.

Prop 2001/02:134 Om ändring i konsumentköplagen

Vedlegg 1: Spørsmål til bostyrere

Spørsmålene ble stilt et utvalg bobestyrere under mitt arbeid med oppgaven. Bobestyrernes svar blir i oppgaven brukt til å belyse boenes praksis i saker hvor en kjøper har betalt, men ikke fått gjenstanden overlevert på konkurstidspunktet, samt bostyrernes syn på ønskeligheten og eventuelle virkninger av en innføring av avtaleprinsippet ved forbrukerkjøp (se oppgavens pkt.1.4). Spørsmålene blir lagt ved oppgaven for fullstendighetens skyld, og pretenderes ikke å være noen vitenskaplig undersøkelse.

Slik lød spørsmålene bobestyrerne ble stilt:

A

1. Det har i teorien vært hevdet at årsaken til at man ikke har mer og nyere praksis omkring spørsmålet om rettsvernkravet ved løsørekjøp, er at det i de fleste tilfeller både er i boets og kjøperens interesse å oppfylle avtalen. Også i de tilfeller hvor boet vil kunne tjene på ikke- inntreden blir avtalen oppfylt fordi dette er det enkleste for boet. (Andenæs: Konkurs s. 149, Brækhus og Hærem: Norsk Tingsrett s. 503 og Göranson: Traditionsprincipen s. 103)

- a) Er du enig i disse påstandene? (begrunn gjerne)
- b) I hvilken grad har du inntrykk av at konkursboer trer inn i avtaler hvor kjøper allerede har erlagt hele eller store deler av sin ytelse?
- c) Hva med de tilfeller hvor avtale er inngått, men ingen av partene ennå har ytet?

2. Hovedargumentet mot en overgang til avtaleprinsippet er at dette vil øke mulighetene for kreditorsvik.

a) I hvilken grad ser du dette som et problem?

b) Gjør betenkelighetene seg også gjeldende når det gjelder forbrukerkjøp?

c) Tror du en slik overgang i forbrukertilfellene vil ha betydning for vurderingen av virksomheters kredittverdighet?

d) Forutsatt en overgang til avtaleprinsippet. Mener du forbrukerens separatistrett bør gjelde bare dersom han har erlagt hele sin ytelse (fullstendig betaling), ved delvis betaling for en tilsvarende del, eller uavhengig av forskuddsbetaling? (begrunn gjerne)

3. Berg (Jussens Venner 1999 s. 8) hevder at grunnen til at man ikke har mer praksis om tradisjonsprinsipp/ avtaleprinsipp ikke er at boet stort sett utleverer varene mot full betaling, men at selgerens varelager i de fleste tilfeller er underpantsett, og at pantaverens rett går foran hvor gjenstanden ikke er overlevert, jf pantelovens regler §§ 1-1 (2) og 3-13(3) jf 3-7(3).

- a) Er du enig i denne påstanden? (begrunn gjerne)
- b) Hvor vanlig er det at konkursdebitors (selgers) varelager er beheftet med varelagerpant?
- c) Hvilken betydning ville det ha for underpantavere og denne form for sikkerhetsstillelse generelt dersom varelagerpantaverens panterett falt bort allerede ved en gyldig inngått avtale mellom selgere og forbrukerkjøper?

4. Dersom du har kjennskap til konkrete saker hvor spørsmålet om rettsvernsakt ved (forbruker)kjøp har vært aktuelt, hadde det vært fint om du kunne opplyse om navn og nummer på denne/ disse slik at jeg kan undersøke saken(e) nærmere.

E